

ARQUIVOS DO IBDSCJ • Nº 41 • ANO 2017

Arquivos do

INSTITUTO Brasileiro de Direito Social CESARINO JÚNIOR



**ASPECTOS DA
REFORMA
TRABALHISTA**

Vol. 41 – 2017

**ARQUIVOS DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Nº 41 – 2017

Sumário

Apresentação.....	5
MARLY A. CARDONE	
A terceirização ilícita e ilegal: antes e depois da reforma trabalhista de 2017	7
PAULO SERGIO JOÃO	
O discurso da reforma trabalhista	35
GERUZIA MARTINS DE AMORIM E SOUZA	
O teletrabalho na reforma trabalhista.....	45
DOMINGOS SÁVIO ZAINAGHI	
Lei federal 13.467/17 e relações coletivas de trabalho: enfrentamento de temáticas, considerações propositivas e tentativa de compreensão sistêmica	59
JOSÉ PEDRO PEDRASSANI	
Reforma Trabalhista: a nova regra da supressão da gratificação de função, como consequência da reversão ao cargo efetivo, em contraponto à Súmula 372 do TST	93
MARCO AURÉLIO AGUIAR BARRETO	
A negociação coletiva à luz da lei 13.467/2017.....	111
CÉLIO PEREIRA OLIVEIRA NETO	

**INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Seção Brasileira da “*Société Internationale de
Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*” - SIDTSS

Av. Paulista, 726, 1º a./cj.102 - CEP 01310-910 - SP - Fone 3285-0372
www.institutocesarinjunior.org.br - icj@uol.com.br

*As opiniões e textos dos trabalhos aqui publicados são de exclusiva
responsabilidade de seus autores.*

APRESENTAÇÃO

É bem-vinda ou ‘malvinda ‘ a reforma trabalhista ?

Esta frase provocativa deseja acentuar que, há muito tempo, uma alteração legislativa no campo do Direito do Trabalho tem suscitado posições tão radicais, seja a favor, como contra. A última vez em que isto aconteceu foi em 1966, quando da implantação do sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Os estudos aqui apresentados pelos nossos associados não chegam a tomar uma posição político-ideológica sobre ela, a não ser o da juíza aposentada GERUZIA MARTINS DE AMORIM E SOUZA, que procura justificar sua posição contrária.

Os demais textos são uma valiosa contribuição dogmática-doutrinária-hermenêutica de vários aspectos da reforma, à escolha de cada autor.

Vale ressaltar que a crítica que tem sido alardeada, de que as leis sobre a reforma trabalhista não foram discutidas com a sociedade, é desmentida pelas informações que o estudo do nosso membro, professor MARCO AURÉLIO AGUIAR BARRETO traz, oferecendo datas precisas em que houve reuniões do deputado relator do projeto de lei respectivo com instituições representativas de setores da sociedade.

As contribuições aqui oferecidas tocam nos pontos mais contundentes da reforma, tais como, a terceirização, o trabalho intermitente, a supressão da contribuição sindical obrigatória, os limites da negociação coletiva e aspectos correlatos.

Acompanha-nos a certeza de que, trazendo a público os textos de nossos associados, estamos contribuindo não só com o estímulo ao estudo dos temas de nossa área, como difundindo as qualidades intelectuais de nossos membros junto a todos os que se interessam pelo Direito Social.

São Paulo, dezembro de 2017

MARLY A. CARDONE

Presidente

A TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA E ILEGAL: ANTES E DEPOIS DA REFORMA TRABALHISTA DE 2017

*Paulo Sergio João **

1. Introdução

O ano de 2017 ficará marcado para sempre na história do Direito do Trabalho brasileiro. Longe de discutir se isso veio para o bem ou para o mal é indubitável que os efeitos das reformas estruturais na relação trabalhista serão sentidos por muito tempo. E um dos aspectos de marco regulatório na legislação trabalhista diz respeito à terceirização de serviços.

A terceirização é um instrumento de gestão das empresas e, por razões as mais diversas que vão desde o interesse sindical até a efetiva exclusão que pode gerar, trouxe para o mundo jurídico trabalhista a consideração de que é elemento precarizador de direitos nas relações de trabalho. Foi considerada ilícita, salvo em casos específicos em que os serviços se destinavam à atividade-meio e desde que não estivesse presente a subordinação. Dividia-se, portanto, a fim de classificar a sua adequação o critério da atividade meio.

Contudo, o critério da atividade-meio como requisito para a legitimidade do contrato de terceirização não bastou para garantir

* Membro do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior*, Professor da PUCSP, FGV e FACAMP, advogado.

a segurança jurídica dos tomadores de serviço nem os direitos dos trabalhadores.

Neste contexto, se fez necessária uma transformação estrutural do conceito legal de terceirização. As Leis nº 13.429 de 31 de março de 2017 e a de nº 13.467, de 13 de agosto de 2017, ampliaram a legitimidade dos contratos de prestação de serviços terceirizados para além da atividade meio do tomador para atingir, também, a prestação de serviços na atividade-fim da tomadora.

Ainda assim, existem casos em que a terceirização poderia fugir dos limites da legalidade e licitude, mesmo após as recentes alterações legais. Pelo presente artigo pretendemos analisar o conceito de terceirização, com enfoque nos casos em que ela poderia ser considerada ilícita e ilegal e em que condições assim se considera tanto antes quanto depois da vigência da Reforma Trabalhista.

2. A terceirização ilícita antes da Reforma Trabalhista

a. Conceitos Gerais

Antes de se aprofundar na conceituação do fenômeno da terceirização, compreendamos que se trata de uma situação laboral de duas facetas, predominantemente: a terceirização de fabricação de produtos e a terceirização de serviços. Neste sentido, Sérgio Pinto Martins coloca:

Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários. (MARTINS, 2016)

O DIEESE diferencia a terceirização de produtos daquela de serviços da seguinte maneira:

A terceirização se realiza de duas formas não excludentes. Na primeira, a empresa deixa de produzir bens ou serviços utilizados em sua produção e passa a comprá-los de outra - ou outras empresas - o que provoca a desativação – parcial ou total – de setores que anteriormente funcionavam no interior da empresa. A outra forma é a contratação de uma ou mais empresas para executar, dentro da “empresa-mãe”, tarefas anteriormente realizadas por trabalhadores contratados diretamente. (DIEESE, 2007:5)

Ambas as formas de terceirização ganharam proeminência nos anos 1970, com a Crise do Petróleo de 1973, que levou à quebra dos Estados de Bem Estar Social e deu surgimento a movimentos pela flexibilização do trabalho. Este período é descrito por Girau-deau da seguinte maneira:

As mudanças que se seguiram, desde os anos 70, com o desenvolvimento tecnológico e a reestruturação produ-

tiva – pondo fim ao chamado modelo fordista de produção – aliadas às incertezas da economia mundial, desde a crise do petróleo, de 73, com o crescimento do desemprego estrutural, trouxeram o conceito de que a intervenção do Estado, embora necessária, já não poderia ser a mesma. (GIRAUDEAU, 2010)

A quebra do modelo fordista, seguida pelo modelo toyotista, focado em especialização do trabalho e da produção foram cruciais para a adoção da terceirização. Ao descrever o toyotismo, Freitas Júnior assinala a importância da terceirização para este modelo. Leia-se:

O crescente aumento na eficiência das empresas organizadas por esse novo conceito, em pouco tempo absorvido por outros setores da produção industrial e pelo setor de serviços, fez com que a ele se incorporassem novos postulados, tais como: [1] em vez de auto-suficiência, a medida da eficiência passaria a ser a agilidade e a adaptabilidade; (...) e [4] sob o ângulo das políticas de recursos humanos, em lugar das grandes concentrações fabris, a empresa construída sob o paradigma emergente preconizara a contínua otimização do pessoal ocupado, a terceirização das atividades não estratégicas, bem como o oferecimento de uma remuneração seletivamente atracente, segundo critérios de compromisso com os objetivos da empresa, e de produtividade individual ou setorial. (FREITAS JÚNIOR, 1999)

Ao externalizar/terceirizar a produção de bens e a realização de serviços não essenciais, a empresa toyotista aferia grandes ganhos de produtividade, tendo em vista que cada empresa passava

a desempenhar apenas uma função, o que viabilizava o modelo de terceirização, tanto de produção quanto de serviços.

Esta diferenciação é particularmente importante quando se analisa a terceirização e a transformação que produziu nas relações de trabalho, considerando, inclusive, a resistência enfrentada pelo judiciário e sindicatos. O foco deste texto está na terceirização de serviços, mais relevante para o Direito do Trabalho, de forma que a terceirização de produtos, ainda que fenômeno economicamente relevante, não será objeto de atenção.

Conforme constante nas definições supracitadas, a terceirização é uma forma de contratação de serviços de empresas especializadas no objeto do contrato, envolvendo a empresa prestadora de serviços e a tomadora dos serviços. Os trabalhadores, empregados da prestadora que venham a ser utilizados nos serviços mantem relação jurídica com a prestadora, não se admitindo a subordinação à tomadora de serviços. Mauricio Godinho Delgado define esta relação como sendo um modelo “trilateral”, em oposição ao modelo “bilateral” do contrato de emprego. (DELGADO, 2013).

Com todo respeito, não concordamos com a “trilateralidade” da relação jurídica porque os empregados da prestadora de serviços não participam do negócio jurídico nem são contratados com o fim específico de encaminhar sua força de trabalho para determinado tomador de serviços. O modelo jurídico a três, conforme sugerido, presta-se a identificar o trabalho temporário em que legalmente e forçosamente a fornecedora de mão-de-obra se obriga a fornecer trabalhador que, uma vez contratado, compromete-se a ficar à disposição do tomador de mão-de-obra.

Embora afastado de direitos trabalhistas, o contrato de estágio também apresentaria a trilateralidade em que surgem a empresa concedente, a entidade de ensino e a empresa que disponibiliza oportunidade para estagiário. Não se fala em tomador de serviços porque o contrato de estágio tem finalidade meramente educativa.

Constata-se que há na doutrina certa confusão do contrato de prestação de serviços terceirizados com cessão de mão-de-obra no caso de trabalho temporário. Vê-se, por exemplo, que Delgado aponta como o primeiro instrumento normativo que permitiu a terceirização para entes privados a Lei 6.019/74, que regulou o trabalho temporário. Não se trata de espécie do gênero terceirização porque a empresa “não detém expertise na execução de serviços nem se compromete a executá-los. Sua obrigação está adstrita à seleção de trabalhadores no mercado de trabalho e à cessão de mão de obra ao tomador dos serviços, estabelecendo-se uma relação triangular entre fornecedor de mão de obra, tomador de serviços e trabalhador inserido nesta relação, sem vínculo de emprego, mas com algumas garantias asseguradas pela lei.” (JOÃO, 2014) Além disso, não controla a execução dos serviços pelos trabalhadores por ela inseridos na relação de trabalho temporário. Um dos setores que mais avançou a causa da terceirização no Brasil foi o bancário, mais especificamente a segurança dos bancos.

A Lei 7.102, de 20 de junho de 1983 permitiu em seu artigo 3º que a segurança ostensiva das instituições financeiras poderia ser executada ou por empregados do próprio banco ou por “empresa especializada contratada”. Desta forma, o serviço de segurança nos bancos passou para empresas especializadas em atividade de segurança. A aceitação da terceirização no direito nacional só tendeu a aumentar nas últimas décadas do século XX, como evidenciado

pelo inciso II do artigo 94 da Lei das Telecomunicações, Lei 9.472/97, que permite às concessionárias de serviços de telecomunicações terceirizar até mesmo a sua atividade-fim.

Ainda assim, problemas eram percebidos com o novo modelo.

Muitos viam a terceirização apenas como uma forma de fraudar direitos trabalhistas, escapando do vínculo de emprego que havia entre prestador e tomador de serviços. Diante da ausência de um marco regulatório uniforme para todas as categorias de trabalhadores, mais e mais reclamações trabalhistas sobre o tema foram julgadas e o resultado foi a uniformização da jurisprudência pelo Tribunal Superior do Trabalho com a edição da Súmula 331, que se transformou numa espécie de bússola a definir o que seria efetivamente o modelo jurídico da terceirização.

b. Jurisprudência – Teor da Súmula 331 do TST

Divulgada em 27 de maio de 2011, a Súmula nº 331 do TST buscou estabelecer um critério para determinar se um contrato de prestação de serviços terceirizados seria lícito ou apenas uma forma de fraude trabalhista, centrando-se no critério da diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim.

Nunca é demais reproduzir o texto da Súmula:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador

dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O primeiro elemento a ser tratado está no inciso I da súmula. Nele, fica claro que o Tribunal entende a contratação por empresa

interposta como sendo, via de regra, ilegal, sendo as suas formas legítimas meras exceções, representadas pelo trabalho temporário e pelo serviço de vigilância. Para o trabalho temporário, a circunstância de utilização de mão-de-obra por meio de cessão de força de trabalho, não lhe retira o caráter precário e episódico.

A valorização da orientação jurisprudencial do TST deriva do entendimento de que a relação de emprego, mais do que um mero tipo contratual para a prestação de serviços, é um instrumento para a conquista da dignidade do trabalhador e da justiça social e que formas diversas não alcançariam esse mesmo fim.

O inciso II da súmula trata da terceirização na Administração Pública, tema muito rico e que merece ser explorado em estudo próprio, de forma que não será neste momento.

De todos os pontos incisos da Súmula nº 331, o III com certeza foi o mais relevante. Ele buscou trazer segurança jurídica ao definir os casos em que a terceirização seria legítima, ou seja, aqueles de conservação, limpeza e segurança e aquelas atividades definidas como as atividades meio do tomador de serviços.

Cabe fazer uma breve diferenciação quanto aos contratos de terceirização de atividade-fim sob a ótica da Súmula. Como a vedação à contratação de terceirizados para a realização de atividade-fim não advém de lei, considerar esta prática ilegal seria violar o princípio da legalidade contido no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal. O que a súmula faz não é tornar a contratação de terceirizado para atividade-fim ilegal, mas apenas irregular e, portanto, ilícita. Neste sentido, Vólia Bonfim Cassar:

A regular é a terceirização de mão de obra ligada à atividade-meio, quando ausentes os requisitos do vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador, ou quando a Administração Pública contratar por licitação em caso de necessidade, desde que não seja em fraude ao concurso público.

(...)

Irregular é a terceirização que, embora a lei não a proíba (por isso não é ilícita), viola os princípios básicos de Direito do Trabalho ou regras administrativas. Citamos como exemplo a terceirização de atividade-fim nos casos em que o vínculo não se forme com o tomador de serviços, em virtude do rodízio de trabalhadores (falta de pessoalidade); ou quando a, apesar da pessoalidade (trabalhadores fixos) a lei impede a formação do vínculo com o tomador – Administração Pública – art. 37, II da CRFB. (CASSAR, 2012:517-518)

Esta diferenciação trazida é necessária pois, caso contrário, a jurisprudência cristalizada seria inconstitucional pelos motivos mencionados acima.

A responsabilidade civil do tomador de serviços na terceirização ocorre subsidiariamente, o que teoricamente significa que o tomador só pagaria por haveres trabalhistas em raras ocasiões.

O que se viu foi a criação de pequenas empresas de prestação de serviços terceirizados, com tão pouco capital que seria previsível, ao celebrarem contrato de prestação de serviços, que o tomador seria o único com condições de arcar com uma condenação na Justiça do Trabalho. Daí a reponsabilidade subsidiária.

A situação descrita acima revela um tomador de serviços que errou ao escolher a empresa com a qual contratou. Este erro, gera culpa presumida (*culpa in elegendo*), assim como o faz a má vigilância e atenção às práticas do ente contratado (*culpa in vigilando*). Alice Monteiro de Barros descreve a origem da responsabilidade do tomador da seguinte maneira:

O tomador de serviços responderá, na falta de previsão legal ou contratual, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, fundada na ideia de culpa presumida (*in elegendo*), ou seja, na má escolha do fornecedor da mão-de-obra e também no risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002), já que o evento, isto é a inadimplência da prestadora de serviços, decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador. (BARROS, 2008:449-450).

Giraudeau define a responsabilização da tomadora de serviços pela vigilância da prestadora e dos trabalhadores da seguinte maneira:

A imposição de responsabilidade do tomador tem a mesma inspiração. Está fundada no fato de que, não obstante ele não interfira diretamente no contrato mantido entre a empresa terceirizada e seu próprio intervalo, é no interior de seu estabelecimento que o trabalho se realiza. A condição de destinatário final do trabalho contratado justificaria, assim, a obrigação de vigiar a empresa terceirizada, no cum-

primento de suas obrigações contratuais. (GIRAUDEAU, 2008:170).

Em síntese, a Súmula 331 balizou as empresas que desejavam utilizar de prestação de serviços terceirizados nos requisitos de que (i) a contratação de prestação de serviços de terceiros apenas para serviços de segurança, limpeza e conservação ou atividades meio (ii) escolher bem a empresa prestadora de serviços, considerando a sua solidez financeira e, finalmente, vigiar as atividades da empresa para que ela não incorra em débitos trabalhistas.

Antes de avançar, embora com a Lei nº 13.429/17 complementada pela Lei nº 13.467/17 seja desnecessário, convém o olhar para a doutrina que se funda em conceituar a diferença entre atividade-fim e atividade-meio para tangenciar o permitido do proibido. Nas palavras de Mauricio Godinho Delgado:

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico. S, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.

Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresarias e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial

e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. (...) São também outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento, etc.). (DELGADO, 2013:436-437).

Longe de solucionar em definitivo o debate acerca da terceirização, deixando claros quais casos seriam de terceirização regular e quais não seriam, a súmula criou uma situação de maior insegurança jurídica com seu inciso III, devido, justamente, à ausência de clareza do que seria a atividade-meio no caso concreto.

Um exemplo dessa dificuldade enfrentada no momento de caracterizar uma relação jurídica de terceirização como legal ou não ocorre na terceirização de serviços de instalação de TV a cabo.

É certo que a atividade da empresa que difunde televisão a cabo é emitir, transmitir e receber dados. Contudo, o argumento levantado por aqueles que enxergam essa terceirização como lícita diz que o instalador de cabo não está efetivamente transmitindo dados, ele está construindo a infraestrutura para que isso seja possível. A instalação seria, nessa visão, um meio para alcançar o fim da empresa.

Por outro lado, a instalação de TV a cabo é requisito mínimo para que as pessoas tenham acesso aos dados que estão sendo transmitidos. Em decisão julgada no dia 30 de agosto de 2017, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu por manter decisão que entendeu neste sentido, considerando então que o instalador exerce atividade fim para as empresas de televisão a cabo..¹

1 TST, autos nº 0001811-27.2012.5.03.0014

O critério da atividade-meio não se sustentaria nem para suas atividades clássicas, a limpeza e a segurança.

Na mesma toada, utilizando a consideração de Delgado, a limpeza e conservação de diversos negócios são essenciais para o seu posicionamento no mercado, como, por exemplo, hotéis, supermercados e restaurantes, locais que, se sujos, não vão atrair nem reter nenhum cliente.

Em suma, aplicar o critério da atividade-meio e da atividade-fim para todos os casos de terceirização simplesmente inviabilizaria o modelo de contratação, o que, afastaria do mercado formal de trabalho 13 milhões de trabalhadores, segundo informações da Revista *Época*.²

Diante dos problemas trazidos pelo critério da atividade-fim, os juristas que buscavam coibir a terceirização ilícita e a alegada sonegação aos direitos dos trabalhadores supostamente inerente ao modelo contratual entenderam que o melhor caminho seria averiguar a existência de subordinação entre o empregado do prestador e tomador de serviços.

Contudo, a subordinação clássica, segundo estes juristas, já não bastava mais para descrever o que havia entre as partes do contrato de terceirização, de forma que foi proposto um novo conceito: a subordinação estrutural.

2 SOPRANA, P. et NIERO NETO, N. A Terceirização Cria Bons Empregos? *Revista Época*. São Paulo. Publicado em 24/03/2017. Disponível em <<http://epoca.globo.com/economia/noticia/2017/03/terceirizacao-cria-bons-empregos.html>>. Acesso em 14/09/2017

c. Subordinação estrutural

Mauricio Godinho Delgado, buscando combater a terceirização propôs nova definição para o próprio conceito basilar da relação de emprego, a subordinação estrutural, conceituando-a seguinte maneira:

Estrutural é, finalmente, a subordinação que se expressa “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”. Nesta dimensão da subordinação, não importa que o trabalhador se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento, nem que receba ordens diretas das específicas chefias deste: o fundamental é que esteja estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços. (DELGADO, 2013:297)

Trata-se, de fato, de evitar a discussão da caracterização da atividade como meio ou fim, pois o trabalhador não precisa estar vinculado aos “objetivos do empreendimento”.

A doutrina trabalhista partilha deste entendimento, conforme Lorena Vasconcelos Porto observa:

Por meio da noção de subordinação estrutural poderiam ser superadas as atuais dificuldades, enfrentadas pelos operadores jurídicos no enquadramento de situações fáticas, advindas do uso do conceito tradicional de subordinação. Tais dificuldades foram agravadas em virtude de fenôme-

nos contemporâneos como a terceirização trabalhista. Neste sentido, a noção proposta permite não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, mas também oferece uma resposta normativa eficaz a alguns de seus instrumentos desregulamentadores mais recentes, como a terceirização (PORTO: 2009:251).

A terceirização representa um movimento de transferência de determinadas atividades para fora do seio da empresa e, pela lógica da subordinação estrutural, tais atividades já faziam parte da estrutura da empresa e foram excluídas por meio de manobra contratual.

Pela definição da subordinação estrutural, toda a forma de terceirização que não fosse prevista em lei seria ilícita.

A vantagem da subordinação estrutural ao critério da atividade-fim para definir a legalidade da terceirização está na própria natureza da Súmula 331.

A súmula tem como um de seus precedentes o processo de nº RR 24086-98.1991.5.09.5555, julgado em 1992. A ementa do acórdão é a que se segue:

“O que veda o Verbete 256/TST é a contratação do trabalhador e não do serviço por interposta pessoa, pelo que, para que se reconheça o vínculo laboral entre o obreiro e a empresa contratante há que se perquirir da existência da subordinação direta daquele a esta e de pessoalidade na prestação de serviços sob a ótica da empresa contratante”.

A conclusão que se tira desta decisão não pode ser outra senão “que define a terceirização de serviços ilícita é a subordinação com pessoalidade e não a natureza dos serviços porque estaria neste caso evidenciado um desvio de finalidade da natureza do contrato que, em lugar de prestação de serviços especializados, estaria vendendo mão-de-obra.”. (JOÃO, 2016).

Ao ampliar o escopo do que é a subordinação, a subordinação estrutural passa a ser, na visão de seus defensores, instrumento apto para combater desvios de finalidade e demais formas de fraude trabalhista.

A despeito disso, a teoria da subordinação estrutural é mera construção doutrinária e jurisprudencial, de forma que pode ser rechaçada por um instrumento legal que defina a terceirização de maneira distinta, o que de fato ocorreu em 2017 com a Reforma Trabalhista.

3. A Reforma Trabalhista de 2017

O termo Reforma Trabalhista é a expressão utilizada para a Lei nº 13.467 de 2017, que alterou uma série de dispositivos da CLT e algumas outras normas pertinentes ao Direito do Trabalho.

Será tratado como Reforma Trabalhista o conjunto de alterações legais sobre o tema de Direito do Trabalho no ano de 2017, de forma que o termo abrange ao mesmo tempo as Leis nº 13.429 e nº 13.467, a fim de que se quede claro que ambas fazem parte de um projeto comum de alteração sistêmica do justrabalhismo em arguida reação à crise econômica que o Brasil enfrenta durante o período.

Esta observação permite a constatação de que há raiz comum entre as duas leis, tanto em termos de momento histórico quanto da intenção legislativa, lembrando que existe diálogo entre as duas sobre o tema de terceirização.

a. A Lei nº 13.429/17

A Lei nº 13.429/2017, impropriamente conhecida como “Lei da Terceirização”, alterou e adicionou diversos dispositivos à Lei nº 6.019/74, que, conforme já mencionado, regulava a relação jurídica de trabalho temporário.

Das inovações trazidas pela Lei, a mais importante a se destacar não é simplesmente a possibilidade de terceirizar atividade-fim, mas sim a impossibilidade de se reconhecer o vínculo de emprego entre tomador e prestador de serviços, independentemente do ramo do serviço prestado.

Esta diferenciação é importante, pois não só supera o quesito da atividade-fim como elemento identificador da irregularidade da terceirização, mas ela preventivamente evita outras formas de construção jurisprudencial que possam utilizar critérios relacionados à natureza da atividade para descaracterizar a terceirização, tal qual elencar taxativamente o rol de atividades que podem ser terceirizadas.

Contudo, o legislador se confundiu ao tratar da prestação de serviços por terceiros na mesma lei que se refere ao modelo jurídico do trabalho temporário. São duas situações distintas e que mereceriam tratamento separado.

Com efeito, o título da Lei nº 6.019/74, agora revista é “Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras

Providências”. A inserção da terceirização nesta lei leva ao equívoco de crer que a terceirização seria uma forma de trabalho temporário. Sob a ordem lógica imposta pela lei, o trabalho terceirizado seria um trabalho temporário permanente, um verdadeiro paradoxo lógico e linguístico.

Talvez um dos elementos mais importantes a se considerar acerca da Lei da Terceirização é que ela não desconstitui o teor da Súmula 331, vigente até o momento da redação do presente texto.

O julgado mencionado anteriormente ajuda a entender como o Tribunal Superior do Trabalho busca resolver este conflito normativo. Leia-se sua ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DO SERVIÇO DE TV A CABO. ATIVIDADE-FIM. CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.429/2017 (LEI DA TERCEIRIZAÇÃO) 1. Concessionária exploradora de serviços de telecomunicações que contrata empresa interposta para a realização das atividades de instalação e manutenção do serviço de TV a cabo promove Terceirização ilícita em atividade-fim. 2. Consoante a diretriz perfilhada na Súmula nº 331, I, do TST, impõe-se, como consequência lógica, o reconhecimento da relação de emprego entre o empregado terceirizado e a empresa tomadora de serviços. 3. Agravo de instrumento da Segunda Reclamada de que se conhece e a que se nega provimento³.

3 TST, autos nº 0001811-27.2012.5.03.0014, 4ª Turma, Rel: João Oreste Dalazen, julgado em 30 de agosto de 2017. Disponível em < <http://aplica->

O que a Corte tem feito, conforme é possível se depreender da ementa acima, é que todo contrato de terceirização de atividade-fim celebrado e executado até o momento da vigência da Lei da Terceirização é ilícito, ou seja, a lei produz efeitos apenas *ex nunc*.

Desta maneira, pelos próximos anos, ainda existirão um sem número de ações trabalhistas em que trabalhadores empregados de empresas de serviços terceirizados poderão pleitear o vínculo de emprego com as tomadoras de serviços.

Deve-se destacar, contudo, que o processo objeto da ementa foi sobrestado, devido ao reconhecimento da repercussão geral que a aplicabilidade da súmula 331 após a Lei nº 13.429/17 gerou. Ainda há muito a fazer e a esperar quanto aos caminhos que os Tribunais percorrerão.

De outro lado, a Lei da Terceirização não exclui os princípios do Direito do Trabalho da relação de trabalho terceirizado, com especial destaque para o princípio da primazia da realidade.

Em poucas palavras, se houver a prova em juízo de que o trabalhador terceirizado realizava seu trabalho para o tomador de serviços com pessoalidade e subordinação, possível será o reconhecimento de vínculo de emprego.

Maior relevância persiste quanto à subordinação, inadmissível na terceirização de serviços. A Lei da Terceirização não afas-

cao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%201811-27.2012.5.03.0014&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAU5bA-AK&dataPublicacao=08/09/2017&localPublicacao=DEJT&query=terceiriza%E7%E3o%20and%20instalador%20and%20de%20and%20tv%20and%20a%20and%20cabo >. Acesso em 14 de setembro de 2017

tou expressamente a teoria da subordinação estrutural, de forma que seria fortemente discutível se dela ainda se possa falar. Ressalta-se que a subordinação estrutural enquanto teoria surgiu com o claro objetivo de se combater a terceirização da maneira que a nova lei permitiu.

A posição mais correta acerca desta questão é de que a subordinação estrutural enquanto teoria vai contra o espírito da Lei nº 13.429/17, que é permitir e expandir a terceirização. Assim, como incompatível a teoria com a norma legal, ela não deveria mais ser adotada.

Apesar da inaplicabilidade da teoria da subordinação estrutural, observa-se que a subordinação clássica, caracterizada pelo exercício dos poderes de comando e direção pelo empregador e pelo dever específico de obedecer, afastará a legalidade da terceirização (GOMES, GOTTSCHALK 2003:119). Isto porque a subordinação envolve trabalho que identifica submissão de trabalhador ao poder de direção e disciplinar do empregador.

O primeiro dimensionamento da distância formal do encontro da interpretação clássica da subordinação deve ser apresentado no contrato de prestação de serviços terceirizados, exatamente no cumprimento do que dispõe o artigo 5º-B, inciso II, *verbis*:

Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterà:

I -

II - Especificação do serviço a ser prestado;

Quando o tomador especifica contratualmente o serviço que o prestador deve fazer, ainda que seja nos seus mínimos detalhes, demonstra caráter apenas civilista da contratação e atende um requisito fundamental da lei: a especialização. A empresa tomadora manifesta no contrato a pretensão quanto ao seu objeto e, deste modo, entrega à empresa prestadora a responsabilidade na gestão e na conclusão dos serviços. Eventuais trabalhadores estarão vinculados e concentrados na prestadora para quem entregarão a condição de subordinação contratual.

Diversas entidades sindicais, tal qual a CUT⁴, afirmaram que a Lei nº 13.429/17 permitia a “terceirização irrestrita”. Como podemos ver, isso não é verdade. A terceirização é irrestrita quanto às atividades, agora reafirmado pela lei, mas sempre esbarraria, se for fraudulenta, nos elementos de fato que fariam a nulidade de sua adoção por revelar terceirização de mão-de-obra e não de serviços.

c. A Lei nº 13.467/17

A Lei nº 13.467/17 compôs o cenário da grande reforma trabalhista, alterando diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, como também alterou a já alterada Lei nº 6.019/74, esclarecendo ainda mais quanto à definição legal do conceito de terceirização.

Assim, enfrenta-se com a Súmula 331 do TST em dois aspectos: primeiro, na própria dogmática do Direito do Trabalho, em

4 CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. *Em dia de protestos, Temer sanciona terceirização irrestrita*. Disponível em <<https://cut.org.br/noticias/em-dia-de-protestos-temer-sanciona-terceirizacao-irrestrita-2a1e/>>. Acesso em 15 de setembro de 2017

meio às alterações da CLT e, segundo, na própria definição do termo “terceirização” nas alterações à Lei do Trabalho Temporário.

Efetivamente, na linha dogmática, a partir da vigência da Lei o artigo 8º da CLT passará a figurar com o seguinte parágrafo 2º:

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão *restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.*

Conforme já mencionado ao tratar da diferenciação que Vólia Bonfim Cassar fez entre a terceirização ilícita e ilegal, há uma ampla discussão sobre a natureza da obrigação imposta pela súmula 331 ao proibir a terceirização de atividade-fim, a despeito da inexistência de lei que assim o diga.

Para a autora supramencionada, a súmula é apenas uma cristalização de princípios gerais do Direito do Trabalho, de forma que ela não gera obrigação, pois esta já estaria embutida em dispositivos legais.

Contudo, existe forte corrente doutrinária em sentido contrário, de que a súmula é inconstitucional por ferir o princípio da legalidade. Neste sentido, tramita no Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário, de número 958.252, no qual se analisa a constitucionalidade da súmula, já agora sem pertinência com a sobrevinda da lei.

Caberá ao TST, em manifestação de seu órgão próprio, a manifestação sobre a Súmula e avaliar sua adequação à nova lei.

O segundo elemento é a definição do que é terceirização. O artigo 4-A da Lei 6.019/74 foi alterado mais uma vez a fim de explicitar as mudanças a partir da Lei 13.429, segue a tabela abaixo:

Lei nº 13.429/17	Lei nº 13.467/17
Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.	“Art. 4o-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Agora, apesar de reforçar a permissão à terceirização de atividade-fim, a nova redação da Lei do Trabalho Temporário cria uma condição para a legalidade do contrato de terceirização: a capacidade econômica compatível com a execução do trabalho.

O que se vê é que a lei da Reforma Trabalhista (em sentido estrito), substituiu o critério vago da atividade fim pelo igualmente vago critério da capacidade econômica, para tentar resolver problemas relativos à responsabilidade de obrigações trabalhistas.

4. Considerações finais: perspectivas para o futuro

A terceirização é parte de uma tendência maior no Direito do Trabalho que é a flexibilização. Tanto tomadores quanto prestado-

res de serviços não têm mais o interesse que historicamente existiu pelo molde engessado da relação de emprego tradicional.

Desta forma, a tendência é que novas formas de contratação de serviços surjam e que aquelas que hoje são inovações, como a terceirização, se consolidem e tenham uma maior regulamentação construída sobre elas.

Tendo a terceirização como parâmetro, pode-se dizer com bastante certeza que cada inovação gerará mais e mais insegurança jurídica no meio, demandando um extenso trabalho tanto da doutrina, quanto dos legisladores e do Judiciário para conseguir trazer justiça a cada uma destas novas relações, de forma que o desenvolvimento das relações econômicas não seja suplantado e que ainda assim os direitos básicos dos trabalhadores não sejam sonogados.

A terceirização é um microcosmo pelo qual é possível estudar os desdobramentos da disrupção do capitalismo moderno sobre um ramo do Direito tão rígido e dogmático quanto o Direito do Trabalho.

Por meio dela foi possível ver um claro embate entre a Justiça do Trabalho, por meio da Súmula 331 e o Legislativo, com a Reforma Trabalhista de 2017, em sentido amplo. Por meio deste debate é possível perceber que o Direito do Trabalho não é um dado da natureza, uma lei imutável de origem divina, mas fruto da síntese de um rico debate que, por muito tempo, esteve em franca letargia em nosso país.

Uma lição que pode ser aprendida do caso da terceirização é a importância de critérios claros e bem definidos para que as relações de trabalho as mais diversas possam prosperar em segurança jurídica.

Antes de se discutir a modernização do Direito do Trabalho, como foi proposto durante o debate acerca da Reforma Trabalhista, é necessário que solidifiquemos as bases do edifício das relações de trabalho que já existem hoje e garantir a segurança a todos os envolvidos.

Bibliografia

- DE BARROS, A. M. *Curso de Direito do Trabalho*. LTr. São Paulo. 2008. 4ª edição
- CASSAR, V. B. *Direito do Trabalho*. Impetus. Niterói. 2012. 6ª edição, p. 517-518
- CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. *Em dia de protestos, Temer sanciona terceirização irrestrita*. Disponível em < <https://cut.org.br/noticias/em-dia-de-protestos-temer-sanciona-terceirizacao-irrestrita-2a1e/> >. Acesso em 15 de setembro de 2017
- DELGADO, M. G. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo. 2013. LTr. 12ª Edição
- DIEESE. *O processo de terceirização e seus efeitos sobre os trabalhadores no Brasil*. São Paulo. 2007. DIEESE. 1ª Edição, p.5
- FREITAS JÚNIOR, A. R. . *Direito do Trabalho na Era do Desemprego. Instrumentos Jurídicos em Políticas Públicas de Fomento à Ocupação*. Ltr: São Paulo. 1999.

GIRAUDEAU, M. O. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. In ALVES, M. C. A. *Direito Empresarial do Trabalho*. Caxias do Sul. 2010. Plenum. 1ª edição, p. 452

_____. *Terceirização: Critérios da Súmula N. 331 do TST e a Responsabilidade do Tomador Sobre os Títulos Trabalhistas*. In JOÃO, P. S. et MANUS, P. P. T. *Temas Em Direito Do Trabalho – I Direito Material Individual*. LTr. São Paulo. 2008. 1ª ed, p. 170

GOMES, O. et GOTTSCHALK, E. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro. Forense. 2003. 16ª Edição

JOÃO, P. S. *Trabalho temporário e sua falsa compreensão como terceirização*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-set-19/reflexoes-trabalhistas-trabalho-temporario-falsa-compreensao-terceirizacao> >. Acesso em 27 de setembro de 2017

_____. *Atividade fim não é pressuposto de terceirização ilícita*. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-dez-09/reflexoes-trabalhistas-atividade-fim-nao-pressuposto-terceirizacao-ilicita> >. Acesso em 27 de setembro de 2017

MARTINS, S. P. *Direito do Trabalho*. São Paulo. 2017. Saraiva jur. 33ª Edição, pp.298-299.

SOPRANA, P. et NIERO NETO, N. *A Terceirização Cria Bons Empregos? Revista Época*. São Paulo. Publicado em 24/03/2017. Disponível em <[zhttp://epoca.globo.com/economia/noticia/2017/03/terceirizacao-cria-bons-empregos.html](http://epoca.globo.com/economia/noticia/2017/03/terceirizacao-cria-bons-empregos.html)>. Acesso em 14/09/2017

O DISCURSO DA REFORMA TRABALHISTA

Geruzia Martins de Amorim e Souza¹

A compreensão da importância da chamada reforma trabalhista ultrapassa a análise de seus dispositivos, o significado das transformações que se propõe e as consequências de sua aplicabilidade. Necessário que se compreenda a verdade que com ela se construiu e a delimitação do poder que expõe. Transformar é demonstração de poder, mas também pode ser compreendido como submissão a múltiplas relações deste poder que produz discursos convincentes de uma verdade que se queira transmitir. Assim, necessário compreender-se o discurso da “reforma” na perspectiva

-
1. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica de Salvador - UCSAL. Professora Substituta de Legislação Social na Faculdade de Direito da UFBA (2001/2002). Professora do Centro Universitário Jorge Amado de 2004 a julho de 2009. Professora titular do Centro Universitário Jorge Amado de 2004 a julho de 2009 e da Faculdade Ruy Barbosa em 2008. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA (1991). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Salvador-UNIFACS (1997). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, seção brasileira da Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale-SIDTSS. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho Del Trabajo y de la Seguridad Social Guillermo Cabanellas. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC. Juíza do Trabalho (aposentada).

de Foucault, afastando-se o seu sentido óbvio e fácil e focando no seu verdadeiro e implícito sentido.

Assim, o discurso da reforma trabalhista revela, na sua essência, um transformar de vidas e enterra, para sempre, uma história de lutas e conquistas.

Sou contra a reforma trabalhista, nos termos materializados na Lei nº 13.467/17. Minha resistência não é desarrazoada, tão pouco intransigente. Resulta de anos de experiência no mister da aplicação do Direito Material do Trabalho e, antes deste, dos princípios e preceitos constitucionais.

Antes mesmo de sancionado, o projeto de lei que originou a reforma apresentou a maior das deformações em um sistema democrático: excluiu da sua discussão e elaboração do texto final a participação da sociedade, em especial, das categorias profissionais atingidas; e mais: rejeitou o ilustre relator da reforma inúmeras emendas apresentadas por parlamentares e Entidades que atuam em defesa dos direitos sociais. Não se observou os termos da Convenção n. 144 da OIT que assegura amplas consultas efetivas na elaboração de normas que regulamentem as relações de trabalho. A pressa na sua tramitação e sanção revela o seu caráter excepcional.

Inúmeros são os pontos que poderíamos destacar e que merecem nossa irrisignação. Destacaremos alguns.

1. Trabalho intermitente

Fonte de subsistência do homem, o trabalho passou a ser regulamentado por textos legais, deixando na história o seu traço escravagista e servil. A reforma trabalhista, ao argumento de que seriam criados inúmeros novos postos de trabalho, autoriza o trabalho intermitente.

Diferentemente da clássica noção de relação de emprego em que o trabalhador, mesmo sem prestar qualquer serviço, durante determinado tempo permanecia à disposição do seu empregador e sendo por ele remunerado, o mesmo não ocorre nesta nova forma de trabalho. Agora, a existência de um vínculo de emprego não significa, necessariamente, a execução de tarefas e seu pagamento respectivo. Por esta modalidade de contrato, o trabalhador fica à disposição do seu empregador aguardando ser por ele chamado para a realização de algum serviço, para o que a lei lhe assinala o prazo de três dias, e, só assim, ser por ele remunerado. Ao empregado a liberdade de aceitar ou não a prestação do serviço, manifestando sua vontade dentro de um dia útil. Mantendo-se silente, tem-se por recusada a oferta de trabalho. Aceitando, no entanto, fica obrigado a trabalhar sob pena de não o fazendo, ter que pagar ao empregador multa correspondente a 50% do que lhe seria devido do trabalho que realizaria.

Também não há garantia de jornada mínima e, em consequência, de mínima remuneração. O direito ao imediato pagamento da remuneração e das demais parcelas do contrato, todas calculadas pela proporcionalidade do tempo trabalhado, constitui uma insegurança só comparável ao completo desemprego.

A conveniência do empregador prevalecerá sobre o direito ao trabalho, sobre a remuneração digna e sobre o valor social do trabalho.

O discurso da reforma aqui é possibilitar o funcionamento de empresas que tenham demandas distintas ao longo do tempo, assim como a falácia de que o trabalhador poderá manter múltiplos contratos de trabalho, além de fazer prevalecer sua autonomia da vontade, visto que, havendo mais de um chamado, terá a liberdade da escolha ou mesmo de não aceitar nenhum.

Constitui-se, pois, forma precarizante de direitos, pois, da forma como regulamentado, não assegura ao trabalhador fonte mínima de subsistência e viola preceito constitucional que valoriza o trabalho e a remuneração. Total insegurança. Imprevisibilidade da remuneração.

2. Responsabilidade do empregador

Ao dar novo conceito de grupo econômico, o legislador ordinário retirou do trabalhador, que teve sonegados direitos trabalhistas durante o vínculo, ver restaurado seu direito em uma ação trabalhista diante da possibilidade de alcançar empresas outras que não só aquela a quem esteve vinculado por um contrato de trabalho. Agora se transfere ao trabalhador o risco do empreendimento, o ônus da atividade econômica, ao se lhe atribuir o ônus de provar o controle de uma empresa sobre outra, ou mesmo a efetiva comunhão de interesses. Comprovação de fraude é um outro requisito que se exige do trabalhador como condição para ver a empresa sucessora ser responsabilizada por seus créditos. Inúmeros

haveres trabalhistas, ao longo de anos, foram satisfeitos por sócios alcançados na execução e que o foram porque enriqueceram com o trabalho de reclamantes lesados. Agora a sua responsabilidade subsidiária se limita a ações ajuizadas até dois anos, após averbada a modificação do contrato.

3. Prevalência do negociado sobre o legislado

A prevalência do negociado sobre o legislado lança por terra preceitos constitucionais contidos no art. 7º, ao estabelecer esta possibilidade, excepcionando as matérias elencadas no art. 611-B da Consolidação Trabalhista. Mas o que ainda estarrece é, modificando toda uma jurisprudência consolidada, a norma afasta o controle jurisdicional da negociação coletiva, limitando-o a analisar os elementos formais do acordo ou da convenção coletiva de trabalho, sob o fundamento do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, conforme redigido no art. 8º, §3º, CLT. Vê-se, pois, que o legislador atendeu a quem deseja a prevalência do negociado sobre o legislado, em toda e qualquer situação, em especial quando se trata de reduzir ou extinguir direitos, ressalvados aqueles do art. 611-B, repetidos dos incisos do art. 7º da Constituição.

4. Regime 12 X 36

Prevista na Constituição como garantia a ser flexibilizada apenas por meio de normas coletivas, agora tal regime de trabalho

poderá ser realizado mediante acordo individual escrito, salvo se compensado dentro do próprio mês, quando poderá ser feito tacitamente. Ademais, abriu-se a possibilidade para que seja adotado como prática em qualquer categoria profissional, quando antes seus destinatários eram principalmente vigilantes, porteiros e pessoal da área de saúde. E o pior: este sistema neutraliza o pagamento em dobro pelo trabalho em domingos e feriados e prorrogações de trabalho noturno.

5. Art. 59-B. Horas extraordinárias

Não mais serão devidas quando não cumpridas as formalidades, desde que seja observada a duração semanal. E mais: a teor do parágrafo único, agora as horas *extra* habituais não descaracterizam acordo de compensação e banco de horas. Embora a Constituição Federal tenha aberto a possibilidade do labor extraordinário, mas taxando-o com o adicional mínimo de 50%, a Lei 13.467/17 criou a possibilidade delas serem, além de elasticizadas, desconsideradas sua remuneração, privilegiando a duração semanal e não a jornada.

6. Danos extrapatrimoniais

Com o claro objetivo de afastar a responsabilidade objetiva ou a decorrente da atividade de risco empresarial, a CLT passará a regular exclusivamente este direito, afastando a aplicação da Constituição Federal, o que já afirma sua inconstitucionalidade.

dade, e do Código Civil Brasileiro (arts. 927 e seguintes). Inúmeras reclamações na Justiça do Trabalho que buscam a tutela de bens juridicamente tutelados, com a reforma, passaram a ser limitados àqueles elencados no Art. 223-C, quais sejam: a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a auto estima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física.

E direito à vida, ao sigilo bancário, aos dados telefônicos, à liberdade religiosa não estão também tutelados?

Ademais, fixou a nova lei teto indenizatório, tarifando o valor da indenização, vinculando-a ao salário do trabalhador. Encontrou o legislador a fórmula de reduzir o valor da reparação. Revela-se, pois, tal preceito, preconceituoso e discriminatório, pois será a única norma limitadora do valor da indenização pelos danos extrapatrimoniais que venha o trabalhador a sofrer, sendo, pois, violadora do princípio da igualdade. Registre-se, por fim, que a Lei retirou parcelas de natureza salarial, o que reduzirá o valor da reparação. Em contrapartida, a Empresa poderá demandar o trabalhador por danos morais, constituindo a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens seus juridicamente tutelados.

7. Trabalhador hipersuficiente

Historicamente formado como o ramo do Direito que regula as relações de trabalho em que uma de suas partes é o operário hiposuficiente, a Reforma cria a figura do empregado hipersuficiente, definindo-o como o empregado portador de diploma de nível su-

perior e que receba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Nos contratos de trabalho deste empregado poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por sua iniciativa ou mediante a sua concordância expressa. Tais regramentos abrem a possibilidade de contratação de direitos inferiores aos assegurados pela Consolidação Trabalhista e a subtração do julgamento das violações trabalhistas aos seus direitos pela Justiça Obreira. Os trabalhadores não mais serão igualmente considerados!

8. Não homologação do termo rescisório

A Lei 13.467/17 revoga a exigência de homologação sindical da rescisão do contrato de trabalho, mesmo para o empregado com mais de um ano de tempo de serviço na empresa. Em consonância com tal inovação, a Lei prevê a quitação anual de obrigações trabalhistas, com eficácia liberatória das parcelas, aqui perante o sindicato dos empregados da categoria. A faculdade anunciada não é crível, posto que tal quitação se dará no curso do contrato de trabalho, enquanto o empregado se mantém economicamente dependente e subordinado. Como recusar tal procedimento?

9. Trabalhadora gestante.

A possibilidade da empregada gestante ser afastada do trabalho em locais com graus mínimos e médios de insalubridade apenas

se tiver atestado médico que recomende essa medida. Além de onerar a trabalhadora, o trabalho em tais condições constitui violação ao direito à proteção do nascituro. Por outro lado, a trabalhadora lactante poderá trabalhar em locais insalubres, inclusive no grau máximo, a não ser que haja pedido médico. Violação aos princípios da dignidade humana e da proteção à saúde da mulher e da criança.

10. Restrições ao acesso à Justiça do Trabalho.

Com o claro objetivo de dificultar a obtenção da justiça gratuita, tal benefício passa a ser devido àqueles que percebem salário igual ou inferior a R\$ 1.659,39, que corresponde a 30% do limite máximo dos benefícios do Previdenciários. Lembre-se que anteriormente a concessão poderia ser concedida até de ofício para o trabalhador que ganhasse até dois salários mínimos e, para os demais, que declarasse não possuir condições de arcar com os custos do processo. Na realidade, a maioria das reclamações trabalhistas são ajuizadas depois que o empregado tem rescindido seu contrato de trabalho; desempregadas, portanto.

No mesmo sentido, a responsabilização pelo pagamento de honorários periciais, quando sucumbente no objeto da perícia, ainda que beneficiário da justiça gratuita. O previsível limitador do ajuizamento de ações face à responsabilização do trabalhador em honorários de sucumbência, ainda que beneficiário da justiça gratuita. Pagamento de custas como condição para ajuizamento de nova reclamação, quando tenha dado causa ao arquivamento pela sua ausência à audiência.

A demonstrar o tratamento desigual, a Nova Lei, enquanto dificulta ao trabalhador o acesso à Justiça, facilita a defesa do empregador ausente na audiência inaugural, estabelecendo a possibilidade de juntada de defesa e documentos por seu advogado.

Estes são alguns pontos da Reforma que nos permitem afirmar que a mesma constitui instrumento de redução e precarização de direitos trabalhistas, ademais de, em vários de seus dispositivos, violar preceitos constitucionais.

E, concluindo com Michel Foucault, afirmamos que “o discurso não tem apenas um sentido ou uma verdade, mas uma história”. E a história que não se deseja revelar é que esta reforma trabalhista foi engendrada com os objetivos precípuos de retirar, reduzir e precarizar direitos trabalhistas, atender a interesses confessados de parte do empresariado e atenuar uma crise econômica reveladora de um momento político sem precedentes na história do País.

Que preservem o Estado Democrático de Direito!

O TELETRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA

Domingos Sávio Zainaghi¹

Introdução

O trabalho é tão antigo quanto a história da humanidade. Tudo no mundo se cria e se transforma, como o que se convencionou chamar de trabalho. As formas de trabalho mudam conforme a sociedade muda e, também, pelas novas ferramentas de execução de serviços, sobretudo os avanços tecnológicos.

O aparecimento de novas tecnologias, particularmente a telemática², impôs ao Direito do Trabalho a necessidade de criar normatização dessa nova forma de prestação de serviços, sobretudo quando estes são exercidos sob o comando e direção de um empregador.

1 Mestre e doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Pós-doutorado em Direito do Trabalho pela Universidad Castilla-La Mancha, Espanha. Presidente honorário da *Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Membro da Academia Paulista de Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social- Cesarino Jr. Advogado.

2 Substantivo feminino

1 conjunto de serviços informáticos fornecidos através de uma rede de telecomunicações

2 ciência que trata da transmissão, a longa distância, de informação computadorizada *Dicionário Houaiss*.

Trataremos neste ensaio sobre as consequências dessa nova forma de trabalho, as alterações na legislação, sobretudo a regulamentação mais detalhada que a reforma trabalhista trouxe ao tema.

O teletrabalho

O teletrabalho não é uma atividade recente, pois surge a partir do início dos anos 2000, em razão da melhora dos serviços de internet, principalmente com as redes wifi. Essa melhoria tornou possível ao trabalhador exercer suas atividades, quando estas envolvem serviços por computadores que se utilizam do envio de dados pela internet, longe da sede do empregador.

Essa modalidade de trabalho era adotada com relação de emprego ou de forma autônoma, de tal maneira que, em razão da falta de legislação específica, existia muita insegurança jurídica na contratação de profissionais para a execução de serviços na forma de teletrabalho.

O teletrabalho pode ser conceituado como qualquer trabalho efetuado em lugar onde, longe dos escritórios ou das empresas, o trabalhador não mantém um contato pessoal com os colegas, mas pode se comunicar com eles por meio das novas tecnologias.

São requisitos do teletrabalho:

a) O lugar da execução das tarefas se encontra localizado fora do âmbito da empresa.

b) Utiliza-se tecnologia informática e/ou de telecomunicações, no enlace entre trabalhador e a empresa, mas principalmente no tratamento dos dados.

c) O trabalhador agregue valor mediante o uso intensivo das tecnologias da informática.

Pode-se classificar o teletrabalho em razão do lugar, do tempo e tipo de conexão.

Em razão do lugar, o teletrabalho pode ser executado no domicílio do trabalhador, em telecentros ou até mesmo ser transnacional.

Quanto ao tempo, pode ser completo ou parcial, nas modalidades de *free lance*, tele-empregado ou misto.

O *free lance* é aquele trabalhador autônomo que faz trabalhos esporádicos, sendo muito comum na área jornalística.

O tele-empregado é justamente aquele pelo qual a lei veio a se interessar, e que trataremos melhor mais adiante.

E por fim, o misto é aquele teletrabalhador que exerce suas atividades como *free lance* e como empregado, geralmente a duas empresas distintas.

Quanto ao tipo de conexão, pode ser *on line* ou *off line*, caso esteja conectado diretamente aos servidores da empresa ou não.

O teletrabalho traz vantagens e desvantagens aos trabalhadores e às empresas.

Vantagens para os trabalhadores

Economia de tempo e dinheiro com traslados. Disponibilidade de horário. Adaptação do horário com as necessidades pessoais e a dos familiares. Ótima articulação entre a atividade pessoal e a laboral. Conforto em razão da proximidade com a família (ótimo para mulheres grávidas ou com bebês). Facilita o trabalho de portadores de necessidades especiais, ou de presos. Desenvolvimento no meio rural. Maior descentralização e delegação de funções. Especializações. Redução dos riscos de acidente *in itinere*. Menor estresse com perdas de tempo desnecessárias. Organizar-se segundo suas próprias necessidades. Mudança do lugar de residência sem ter de trocar o de trabalho. Reforço dos vínculos sociais.

Desvantagens para os trabalhadores

Isolamento. Falta de limitação do tempo de trabalho. Flexibilidade da jornada. Falta de motivação. Falta de diferenciação entre o ambiente laboral e o residencial. Impossibilidade de separar a vida privada da pessoal. Inobservância das normas de higiene e segurança. Sensação de não sentir-se membro da empresa por não conviver nela. Há uma marginalização laboral. Dificuldades para seguir uma carreira linearmente. Aparição e agravamento de novos efeitos sobre o organismo: síndrome de Tokomosho (fadiga visual, má postura etc). Dificuldade de participação sindical e defesa de direitos. Falta de solidariedade. Menor tutela da saúde do trabalhador. Perda das formas tradicionais de entretenimento do trabalhador.

Vantagens para as empresas

Flexibilidade e economia de custos na empresa. Contratação e conservação de pessoas permitindo reter trabalhadores que pensam em parar de trabalhar. Redução do absenteísmo. Permite a contratação de pessoal qualificado em qualquer parte do mundo. Melhora da produtividade. Inexistência de conflitos de convivência entre os empregados. A diminuição das probabilidades que ocorram acidentes *in itinere*. Baixa dos custos laborais decorrentes de doenças ou acidentes. Melhores prazos de entrega de trabalhos. Impossibilidade da existência de nexos causais de responsabilidade civil por risco ou vício de coisas, barateando-se os seguros.

Desvantagens para empresas

Alto custo dos equipamentos eletrônicos. Perda da ideia de propriedade dos equipamentos como sendo da empresa. Inércia operativa. Perda da comunicação direta com o trabalhador. Perda ou diminuição do controle direto ou da supervisão do trabalhador. Os trabalhadores podem ficar doentes por excesso de trabalho.

O teletrabalho no direito português

Portugal trata do teletrabalho subordinado há muito tempo, sendo que em 2015 ocorreu uma alteração no Código de Trabalho português quanto a essa modalidade de serviço.

Atualmente, o teletrabalho é tratado nos artigos 165º a 171º, do Código de Trabalho.

A lei portuguesa traz em seu artigo 165º a “noção” de teletrabalho, quando afirma que “considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”.

O contrato de trabalho deve ser celebrado por escrito, com qualificação das partes, onde o serviço será exercido, conter o horário de trabalho, especificar as atividades a serem exercidas, a propriedade dos instrumentos de trabalho, bem como o responsável pela manutenção destes, a identificação do estabelecimento ou departamento ao qual o teletrabalhador estará subordinado e a forma dos ganhos.

Pode-se celebrar contrato de teletrabalho com novos empregados ou com os efetivos da empresa que queiram alterar suas funções para essa modalidade.

Ponto interessante na lei lusitana é o referente aos empregados que têm direito a trocar a forma de trabalho para teletrabalho, ou seja, quando o tipo de atividade seja compatível com o teletrabalho, e quando o empregado tiver filhos com idade até 3 anos. Interessante notar, que nestes casos o empregador não pode se opor ao pedido do empregado.

No mais, em apertada síntese, a lei portuguesa trata do respeito do empregador à privacidade do empregado, principalmente com relação à família, à igualdade de tratamento entre os empregados comuns e os em regime de teletrabalho e a participação dos teletrabalhadores na representação sindical.

O teletrabalho no direito brasileiro atual

O teletrabalho é, como visto, uma realidade há muito tempo, sendo que, como geralmente ocorre, os fatos sociais surgem antes da lei, obrigando ao intérprete e ao aplicador do direito valerem-se de instrumentos jurídicos que têm à mão para solucionar os problemas advindos da realidade e da falta de norma, *vg*, analogia, direito comparado etc.

O teletrabalho é uma forma moderna de trabalho a distância, como ocorre com o trabalho em domicílio. Em razão desta similitude, em 2011, o artigo 6º da CLT sofre alteração, advinda da Lei nº 12.511, que dá esta redação ao citado artigo:

“Art.6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.”

Parágrafo único. “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

De uma forma simplista, o legislador faz o mesmo que a lei portuguesa, afirma, ainda que de forma sofrível, que teletrabalho é uma forma de trabalho subordinado.

A redação anterior do artigo 6º era esta:

“Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.”

Resta claro que o legislador de 2011 complementa o trabalho realizado fora das dependências da empresa, e adapta à realidade, já que o trabalho hodiernamente, quando realizado fora das dependências da empresa pode sê-lo em domicílio ou noutros locais.

Na verdade, o teletrabalho pode ser realizado na residência do trabalhador ou em centros de trabalho, e o legislador originário da CLT só previu o trabalho em domicílio, que era a realidade em 1943.

O art. 6º da CLT foi insuficiente para regulamentar e resolver os temas relativos ao teletrabalho.

Com a reforma advinda da Lei nº 13.467/2017, o teletrabalho foi mais bem estudado e regulamentado.

Primeiramente, o teletrabalho foi incluído nas exceções do art. 62, da CLT, o qual exclui os trabalhadores do controle de jornada, tendo sido incluído um novo inciso ao referido artigo:

III - Os empregados em regime de teletrabalho

Segundo parte da doutrina, o art. 62 da CLT, retira do trabalhador direito ao recebimento de horas extras, adicional noturno,

hora noturna reduzida, intervalos interjornada e intrajornada e suas integrações.

Não comungamos desse entendimento, pois pelo princípio da primazia da realidade, pelo qual os fatos se sobrepõem aos atos formais, caso se comprove o trabalho em jornada suplementar ou o horário noturno, ou até mesmo a falta de respeito aos intervalos, o trabalhador terá *jus* a tais recebimentos.

Além do previsto no artigo 62, III, a CLT teve incluído os artigos 75-A ao 75-E, os quais tratam do teletrabalho:

‘Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.’

‘Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.’

‘Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. ’

‘Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado. ’

‘Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

A lei anuncia a criação e inclusão do teletrabalho no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro.

Para estarmos diante de um teletrabalho, a lei afirma que este é aquele que preponderantemente é exercido fora das dependências do empregador, utilizando-se de tecnologias de informação e de comunicação e que não se considere como trabalho externo, e, ainda, deixando expresso, que o comparecimento esporádico na empresa não descaracteriza o regime como teletrabalho.

Seguindo os mesmos termos da lei portuguesa, o teletrabalho deve ser celebrado por contrato escrito, especificando-se as atividades que serão realizadas pelo empregado. Permite-se, ainda, a

conversão do trabalho presencial para o teletrabalho e vice-versa, bastando um aditivo contratual, e em se tratando de conversão de teletrabalho para presencial, deve ser concedido um prazo de 15 dias para o trabalhador se organizar.

Quanto às despesas com o teletrabalho, o legislador apenas afirma que a responsabilidade com as mesmas serão previstas no contrato de trabalho. De qualquer forma, cumpre deixar claro que se as despesas forem suportadas pelo empregador, estas não terão natureza jurídica salarial, consoante o previsto no art.458, §1º, I, da CLT.

Por fim, com redação a nosso ver sofrível, o art. 75-E, trata de uma previsão extremamente patriarcal com relação ao empregado, determinando que o empregador instrua seus empregados em teletrabalho, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Ora, aqui está se impondo ao empregado o ônus de ele ter cuidado com sua saúde em relação às condições de trabalho, como se o empregador nada tivesse que ver com a ocorrência de acidentes ou doenças do trabalho. Por exemplo, ainda que um empregador informe que o empregado deve ter comedimento no exercício de suas atividades, obedecendo aos horários de descanso, jornada e até mesmo posturas no exercício de suas atividades, imagine-se que o empregador peça a realização de tarefas difíceis ou muito grandes em pouco tempo, exercendo pressão para a entrega destas. Daria para se afirmar que no caso de uma fadiga ou da ocorrência de acidente de trabalho a empresa não concorreu para estas situações. Quer nos parecer que neste caso existirá a responsabilidade da empresa.

Conclusão

O teletrabalho é uma realidade, já que o mundo se transformou no tocante às formas de prestação de serviços e de comunicação entre as pessoas.

A CLT trouxe oportuno capítulo sobre o teletrabalho, reconhecendo-o como uma forma de trabalho com relação de emprego. As observações a serem respeitadas como o contrato ser celebrado por escrito, com as especificações das atividades a serem realizadas pelo empregado. Louva-se, também, a possibilidade de mudança de prestação de serviços de presencial para teletrabalho e vice versa, sendo por mútuo acordo, diferentemente do que ocorre na lei portuguesa, quando em alguns casos essa opção é apenas do empregado, o que pode levar à criação de crises desnecessárias na relação empregador-empregado, onde, inclusive, poder-se-ia chegar à dispensa do trabalhador, quando este não tiver nenhuma estabilidade a garantir-lhe a manutenção no emprego. Por outro lado, o empregador pode alterar a prestação de serviços de teletrabalho para presencial, desde que se garanta um prazo de transição mínimo de quinze dias, com registro num aditivo contratual.

Alguns entendem que o teletrabalho seria mais uma forma de precarização das relações de trabalho, entendimento este com o qual não concordamos.

Como demonstrado acima, o teletrabalho traz vantagens e desvantagens, tanto para o trabalhador, quanto para o empregador, mas não se pode afirmar ser uma forma de precarização do trabalho, mas sim uma realidade no mundo moderno.

Era uma necessidade da sociedade brasileira a regulamentação dessa forma de trabalho, o que foi feito pelo legislador, dando segurança jurídica às partes quando decidirem pelo teletrabalho. Talvez pudesse o legislador ter tratado também do teletrabalho em telecentros, pois a lei se fixou muito na prestação de serviços no domicílio do trabalhador, e também, como faz a lei portuguesa, fomentar a participação do empregado na vida sindical.

REFORMA TRABALHISTA: A NOVA REGRA DA SUPRESSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO, COMO CONSEQUÊNCIA DA REVERSÃO AO CARGO EFETIVO, EM CONTRAPONTO À SÚMULA 372 DO TST

Marco Aurélio Aguiar Barreto¹

1. Introdução

A edição da Lei nº 13.467², publicada no Diário Oficial da União de 14 de julho de 2017, com vigência após o decurso de cento e vinte dias de sua publicação, altera significativamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), suscitando muitas dúvidas e críticas, o que demanda a necessidade de criteriosa análise dos seus principais pontos e reflexos.

-
- 1 Mestre em Direito Internacional Econômico pela Univ. Católica de Brasília. Graduação em Direito pela Univ. Estadual de Sta. Cruz/Bahia (1984). Consultor Jurídico/Gerente Executivo Jurídico da Diretoria Jurídica do Banco do Brasil S/A. Professor em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Pós-graduação em Direito do Trabalho, Direito Processual Civil, Direito Civil - Contratos, MBA - Estratégia de Negócios e MBA - Gestão de Serviços Jurídicos pela FGV. Membro do IBDSJCJ – Instituto de Direito Social Cesarino Junior, da ABAT – Associação Bahiana de Advogados Trabalhistas e da JUTRA – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho;
 - 2 BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Publicação no D.O.U. de 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 30 set. 2017;

As discussões tiveram origem no Projeto de Lei 6.787/2016, de iniciativa do Sr. Presidente da República que, de acordo com a justificativa que lhe foi apresentada pelo Exmo. Sr. Ministro do Trabalho, Ronaldo Nogueira de Oliveira, no Documento EM 000036/2016, de 22/12/2016³, a proposta de encaminhamento de Projeto de Lei, tinha por objetivo proceder alterações no Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a bem do seu aprimoramento:

Submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência a anexa proposta de Projeto de Lei que altera o Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - CLT, para aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário.

Sobressai dos muitos artigos publicados e manifestações na mídia, que a Reforma Trabalhista teria carecido de amplo debate, considerando a importância das normas que seriam objeto de alterações, e que o tempo de tramitação teria sido exíguo, sob o

3 Ministro do Trabalho, Sr. Ronaldo Nogueira Oliveira, EM 000036/2016, de 22 de dezembro de 2016, disponível em:< <http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista-1>>. Acesso em 01 out. 2017;

argumento da necessidade de celeridade para retirar o país da crise e destravar os indicadores econômicos.

Contudo, segundo o Relatório apresentado pelo Exmo. Sr. Deputado Federal Rogério Marinho⁴, Relator do Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, perante a Comissão Especial, foram ouvidos os diversos setores e partes envolvidas, entre eles, membros da Magistratura do Trabalho (TST e TRT's), do Ministério Público do Trabalho, de Centrais Sindicais, de Confederações Patronais, dentre outros importantes segmentos, em audiências Públicas realizadas em 16/02, 21/02, 07/03, 08/03, 09/03, 14/03, 15/03, 16/03, 21/03, 22/03, 23/03, 28/03, 29/03, 30/03, 04/04, 05/04, 06/04/2017, além de Seminários realizados em algumas Unidades da Federação, como, no Espírito Santo em 20/03; no Rio de Janeiro, em 20/03; em Minas Gerais, em 24/03; no Rio Grande do Sul, em 24/03; no Ceará, em 03/04; em São Paulo, em 10/04; na Bahia, em 10/04/2017, além de outras reuniões e debates, com autoridades e representantes de diversos setores da sociedade.

Apenas a título de registro, eis o trecho do referido Relatório:

Na busca de um resultado o mais amplo e democrático possível, decidimos ouvir todas as partes envolvidas, garantindo o direito de manifestação de setores do Governo Federal, do Judiciário Trabalhista, do Ministério Público do Trabalho, de representantes dos trabalhadores e dos em-

4 BRASIL. Projeto de Lei nº 6.787, de 2016. Câmara dos Deputados, Comissão Especial, Relator Deputado Rogério Marinho. Disponível: <http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/parecer-do-relator-dep-rogerio-marinho_120417>. Acesso em 01 out. 2017;

pregadores, de especialistas os mais diversos, enfim, de todos os interessados em se manifestar. Além disso, para dar amplitude a essas consultas, além de a Câmara dos Deputados ter colocado à disposição da sociedade o acesso tanto ao Portal e-Democracia quanto a um endereço eletrônico específico da Comissão Especial para o recebimento de críticas e sugestões, deixamos as portas de nosso gabinete abertas para aqueles que quisessem se manifestar.

Nesse processo de se garantir a ampla discussão democrática da matéria, foram realizadas inúmeras audiências públicas, seminários, mesas redondas, reuniões de trabalho, reuniões técnicas, neste que é o espaço para o debate público por excelência, o Poder Legislativo, bem como nos mais diversos Estados da Federação.

A extensa pauta de temas que permearam os debates abrangeu o direito individual do trabalho, no âmbito urbano e rural, o direito coletivo do trabalho, o direito processual do trabalho, com ênfase nos aspectos relativos aos limites para aplicação de súmulas de jurisprudência, os mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas, o trabalho temporário, o trabalho em regime de tempo parcial, o trabalho intermitente e o teletrabalho, entre outros.

São muitos os pontos alterados pela Reforma Trabalhista e, sem qualquer pretensão de esgotamento do assunto, inclusive, respeitando todas as opiniões a respeito, notadamente, porque têm sido muitas as críticas condenando, de forma geral, toda e qualquer alteração que se pretenda na legislação trabalhista, até mesmo, independentemente da opinião do maior interessado, que é o trabalhador, como, por exemplo, na questão da possibilidade de fracionamento das férias em até 3 (três) períodos, dentro do

prazo concessivo, por ora, faremos uma análise pontual do art. 468 da CLT,

Não há dúvidas de que a dinamicidade das relações, permeada por eventos de natureza econômica, conduzem a discussões acerca da necessidade de atualização legislativa, nesse contexto, a trabalhista.

Essa dinâmica das relações é permanente, com o surgimento de novas profissões e novas formas de trabalho, requerendo a constante regulação. Entretanto, sempre estará presente a necessária busca pelo equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho, o que envolve complexidade, sobretudo, no modo de regular essas relações, sem descuidar dos princípios garantidores e elementos mínimos assegurados no patamar Constitucional.

Encontrar esse equilíbrio será o grande desafio, sendo certo que, para que se possa alcançar algum resultado em termos de crescimento econômico, não se pode ficar atrelado a ideologias, muito menos a populismos. Nesse sentido, o artigo intitulado **Emprego**, de autoria do ex-Ministro Delfim Netto⁵, publicado no *Jornal do Comércio*, em Porto Alegre, em 04/10/2017:

A esse respeito, é preciso reconhecer que a recente reforma trabalhista poderá exercer uma acomodação mais rápida se deixar de ser alvo de suspeitas arguições de inconstitucionalidade que entopem o STF e superar a “má vontade” de ministros do TST, vindos do sindicalismo protegido pelo

5 NETTO. Antônio Delfim. Emprego. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre/RS, publicação de 04 de outubro de 2017, Caderno Economia. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/10/economia/588944-opiniao-economica-emprego.html>. Acesso em 06 out. 2017;

monopólio geográfico (unicidade) e o financiamento obrigatório (imposto sindical).

A reforma não tirou nenhum direito dos trabalhadores. Nem poderia, pois eles são cláusula pétrea da Constituição de 1988! Ela facilitará melhores escolhas para o encontro de interesses dos trabalhadores e das empresas, num momento em que as próprias necessidades do trabalho possibilitam maior liberdade. Cada vez mais tipos de trabalhos exigem menor confinamento espacial para serem realizados com eficiência.

Em contraponto, magistrados e procuradores do trabalho, às vésperas da votação do PLC 38/2017 no Senado Federal, em 11/07/2017, manifestaram-se contra a aprovação, porque, segundo defendem, está crivada de inconstitucionalidades, além de não ter sido amplamente discutida pela sociedade. Eis trecho da matéria publicada no jornal *Folha de São Paulo*⁶, expondo, na íntegra a Nota Pública divulgada assinada pelo Ministério Público do Trabalho, Ordem dos Advogados do Brasil e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil:

O MPT (Ministério Público do Trabalho), a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), entre outros, divulgaram nota nesta segunda (10) criticando o projeto de reforma trabalhista.

6 *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo/SP, 10 de julho de 2017, Seção Mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1900096-para-mpt-oab-e-cnbb-reforma-trabalhista-viola-a-constituicao.shtml>>. Acesso em 06 out. 2017;

As entidades afirmam que o texto da proposta está “crivado de inconstitucionalidades” e representa “grave retrocesso social”.

A reforma será votada nesta terça no plenário do Senado. Caso seja aprovada sem alterações no texto, ela vai para sanção do presidente Michel Temer.

Entre os pontos inconstitucionais destacados na nota, estão a prevalência do negociado sobre o legislado, o que contrariaria o artigo 7º da Constituição Federal, proposta central da reforma.

Outra crítica feita é direcionada à proibição de que a Justiça do Trabalho examine o conteúdo de acordos e convenções coletivas. Hoje, juízes anulam cláusulas que consideram violar a CLT, o que, na visão de empresários, aumenta a insegurança jurídica dessas normas.

Essa limitação, na visão das entidades, viola o artigo 5º da Constituição ao tornar os acordos coletivos totalmente imunes à jurisdição – caso a reforma seja aprovada, eles seriam os únicos negócios jurídicos do país nessa situação.

A possibilidade de prorrogação da jornada de trabalho por acordo individual, em detrimento do coletivo, e a instituição de um limite máximo para pagamento de indenizações por danos morais com base no salário das vítimas também seriam inconstitucionais, segundo as entidades.

A nota ainda classifica a reforma como “açodada” e critica a falta de participação da sociedade nas discussões em torno do projeto no Congresso.

Caso seja sancionada, o Brasil estaria rompendo com o compromisso assumido ao assinar o Pacto de São José da Costa Rica de conseguir progressivamente a plena efetividade de direitos econômicos e sociais, entre outros.

É importante salientar que, nem mesmo o negociado sobre o legislado poderá ousar suprimir direitos assegurados na Constituição Federal de 1988, como sempre lembrado nos posicionamentos contrários e a favor da reforma trabalhista.

Apesar de toda onda de pessimismo que vem permeando as discussões a respeito do conteúdo da Reforma Trabalhista, alguns pontos, apesar de polêmicos e serem incluídos no rol dos supostos direitos suprimidos, há de se considerar que, até então, são geradores de embates judiciais, em razão da falta de clareza nas definições, gerando interpretações variadas e, conseqüentemente, até pela má aplicação, ocasionaram insegurança jurídica.

Com todas as vênias, passa-se a tratar de um desses pontos em que, apesar da legislação e jurisprudência definirem critérios objetivos para o direito, os excessos cometidos, tanto na interpretação para aplicação da norma, como na aplicação de Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, sob o argumento do princípio da proteção, lamentavelmente, ensejaram alterações na legislação trabalhista, merecendo os seguintes comentários.

2. Reversão ao cargo efetivo x estabilização financeira

A Consolidação das Leis do Trabalho⁷, historicamente, em seu art. 468, entende que somente é considerada lícita a alteração

7 CLT Organizada. Isabelli Gravatá et. Al. – 3. Ed. – São Paulo: LTr, 2012:
Art. 468 – Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

contratual, mesmo que no normal exercício do poder diretivo e de organização, porém, desde que não resulte, direta ou indiretamente, em prejuízos ao empregado.

Trata-se da prevalência do princípio da imodificabilidade unilateral do contrato de trabalho, como sinal da forte intervenção do Estado na relação entre empregado e empregador, para que a parte economicamente mais frágil não seja prejudicada pelas imposições do mais forte.

O parágrafo único do referido artigo disciplina que “*não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança*”.

A previsão legal é correta, porque, se não há estabilidade no emprego, salvo nas hipóteses legais de estabilidades provisórias, ou as que decorram de acordos, convenções coletivas de trabalho ou normas internas de empresa, não teria sentido defender a estabilidade no exercício de cargo de confiança da empresa.

A variação é consequência da direção da prestação do serviço, por onde se destaca a opinião de Octávio Bueno Magano⁸, para quem o contrato de trabalho:

[...] traz o germe da alteração na sua própria natureza, como decorrência do poder hierárquico que o empregador tem

Parágrafo único – Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança;

8 MAGANO, Octávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. Direito Individual do Trabalho, Ed. LTr, 1986, v. 2, 4. ed. P. 298;

sobre o empregado. O poder hierárquico, quando exercido no sentido de alterar as condições de trabalho, chama-se mais especificamente *jus variandi*. Diz Hugo Gueiros Bernardes, ‘o *jus variandi* constitui implícita consequência da direção da prestação dos serviços, consagrada entre nós, no art. 2º da CLT’. A apontada antinomia é, todavia, mais aparente do que real. O legislador adotou, na verdade, solução de compromisso entre as duas diretrizes contrastantes. Por fidelidade ao princípio de que *pacta sunt servanda*, criou o art. 468, da CLT. Pela compreensão de que o contrato tende à alteração devido ao elemento subordinação, que lhe é essencial, consistente este numa permanente sujeição do empregado às ordens do empregador, permitiu que, em casos excepcionais, o contrato fosse passível de alteração.

Ocorre que a legislação preferiu a omissão ignorando a insegurança estabelecida contra o trabalhador, porque ficava vulnerável a descomissionamentos inesperados, até mesmo por razões políticas, ou situações sem qualquer motivo, sofrendo acentuadas perdas salariais, em desrespeito ao princípio da estabilidade financeira.

Considerando a omissão da CLT sobre o assunto, a jurisprudência passou a expressar o entendimento de que, caso o empregado fosse restituído ao cargo efetivo – em consequência de ter deixado de ocupar e exercer cargo de confiança da empresa – haveria a incorporação da gratificação desse cargo, a depender do tempo desse exercício.

Diante de reiteradas demandas apreciadas pelo Judiciário Trabalhista, em 1996, o Tribunal Superior do Trabalho, consolidando a sua jurisprudência, editou a Súmula nº 372 (ex-Orientação Jurisprudencial nº 45 da Subseção I da Seção Especializada em Dissí-

dios Individuais), com a seguinte redação, conforme as alterações inseridas em 2003 e 2005 (Resolução nº 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005), impondo limites:

Súmula nº 372 do TST – GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 45 e 303 da SBDI-I) – Res. Nº 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005.

I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 – inserida em 25.11.1996).

II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 – DJ 11.8.2003).

Apesar de pressões de entidades sindicais e, até mesmo de alguns setores do Ministério Público do Trabalho, que em determinadas situações, entendem que a incorporação dever-se-ia ocorrer de forma administrativa por iniciativa da Empresa, a própria Súmula enfatizou o fato de que a reversão ao cargo efetivo ensejaria a incorporação da gratificação da função, caso suprimida sem o justo motivo. Assim, a existência ou não do justo motivo passava a ser objeto de prova.

Afirma-se razoabilidade nesse entendimento, porque de conformidade com o devido processo legal, as partes teriam a ampla defesa e poderiam exercitar o contraditório.

O justo motivo, para fundamentar a reversão do empregado, exercente de cargo de confiança, ao cargo efetivo, portanto, com a perda da percepção da gratificação da função, não poderia ser entendido como o cometimento de falta grave, que, por certo, ensejaria a quebra de confiança para a manutenção do próprio vínculo de emprego, mas deve dizer respeito à falta de confiança suficiente apenas para o exercício da função, mantendo-se o emprego.

O entendimento que deveria prevalecer é que o ato ou os atos praticados pelo empregado, motivadores da reversão ao cargo efetivo, seriam aqueles que não mais sustentassem o mesmo nível de confiança que lhe atribuíra o empregador, para o exercício de um cargo de confiança, de gerenciamento, de direção na estrutura hierárquica da empresa.

Pela redação da Súmula, seria necessário perquirir e provar se estaria presente ou não o justo motivo. Oportuna a opinião de Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁹:

Nesse sentido, cabe destacar o próprio parágrafo único do art. 468 da CLT, ao estabelecer que: Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”.

O jus variandi extraordinário, portanto, pode até acarretar prejuízo ao empregado; por isso, exige-se o seu exercício nos estritos limites legais, e somente em hipóteses bem específicas, autorizadas pelo sistema jurídico.

9 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 5ª ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 521/522;

Antes de verificar outras hipóteses, cabe esclarecer, ainda quanto à reversão do empregado ao cargo efetivo, como fica a eventual gratificação recebida pelo exercício da função de confiança.

[...]

Assim, a jurisprudência adota como critério, para garantir a estabilidade financeira, o recebimento da gratificação de função por dez anos ou mais.

Presente esse tempo, se a reversão foi determinada sem justo motivo, ou seja, sem uma justificativa razoável para a medida, o empregado tem o direito de permanecer recebendo a gratificação de função, mesmo não exercendo mais a função de confiança.

Ocorre que, por diversos motivos, dentre eles a inadequada aplicação da Súmula 372 do TST por alguns juízes de 1º grau de Jurisdição e por alguns Tribunais Regionais do Trabalho, de certa forma ensejaram insatisfações e movimentos contrários que, de alguma maneira, influenciaram a alteração da redação do art. 468, da CLT, no contexto da Reforma Trabalhista.

3. Cases

Ilustra-se o caso de um empregado que teve seu nome envolvido, no ano de 2007, em investigações a cargo do TCU – Tribunal de Contas da União e, concomitantemente, pela CPMI – Comissão

Parlamentar Mista de Inquérito, que apuravam, respectivamente, o denominado escândalo de corrupção “MENSALÃO”.

De imediato, assim que houve o relatório do TCU – embora, antes do julgamento final – a Empresa, diante do envolvimento de sua Marca/Nome em um escândalo dessa natureza, providenciou a imediata reversão do referido empregado ao cargo efetivo, retirando-lhe do quadro da Diretoria diretamente mencionada no escândalo, que também ensejou o afastamento do então Diretor – atualmente preso no Complexo da Papuda, em Brasília – de quem o empregado revertido ao cargo efetivo, deixando o cargo de confiança, era gerente de uma equipe subordinada a esse então Diretor.

Na data do descomissionamento, em 2007, o que a Empresa sabia é que, o nome do seu então empregado figurava entre aqueles investigados pelo Tribunal de Contas da União, por participarem em supostos atos ilícitos e antieconômicos na gestão de recursos destinados à publicidade e propaganda da Empresa (fl. 480, volume II do relatório final dos trabalhos da CPMI dos Correios, que investigou o Valerioduto).

Naquele momento, o que a Empresa tinha conhecimento é que o seu empregado estava sendo investigado e, inclusive, já com indicação de acatamento de algumas e de não acatamento de outras justificativas, com proposição de penalidade de multa, conforme Voto do então Exmo. Sr. Ministro Relator, em Procedimento instaurado, conforme registros que também constaram do Acórdão da Egrégia 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Processo TST-RR-393-2007-002-10-40.9¹⁰, sob a Relatoria do Exmo. Sr.

10 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Sexta Turma. Processo nº TST-RR-39340-97.2007.5.10.0002, Relator Ministro Horácio Sena Pires. Disponível

Ministro Horácio Sena Pires, quando deu provimento ao Recurso de Revista interposto pela Empresa, contra a condenação imposta pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, no sentido da estabilização financeira do empregado.

O acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região deferiu o restabelecimento do valor referente a gratificação de função, sob o argumento da inexistência de justo motivo e o da percepção de tal gratificação por mais de dez anos. Também condenou o “*reclamado ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00*” em razão do “*modo desidioso com que o reclamado tratou a investigação procedida pela auditoria interna*”.

Por outro lado, o entendimento da C. Turma do TRT da 10ª Região ignorou que o Enunciado da Súmula nº 372/TST estabelece dois requisitos para que seja assegurada ao empregado a estabilidade financeira em razão do exercício de função comissionada. O primeiro, de natureza objetiva, guarda relação com o período do exercício da comissão, qual seja: 10 ou mais anos. O segundo, de natureza subjetiva: a ausência do justo motivo, de tal modo que, preenchidos tais requisitos, cumulativamente, aplicar-se-ia o princípio da estabilidade financeira em caso de descomissionamento.

O Relator do recurso ordinário interposto pela Empresa, perante o TRT da 10ª Região, com base nas informações, até aquele momento, entendeu pelo provimento do recurso da Empresa, para absolve-la da condenação de restabelecimento da gratificação su-

vel em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=39340&digitoTst=97&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=002&submit=Consultar>>. Acesso em 01 out. 2017;

primida, considerando, na sua análise, a existência de justo motivo, embora tenha prevalecido a divergência apresentada, que assim concluiu:

[...] não há, nos autos, prova cabal de qualquer conduta desabonadora por parte do reclamante, até mesmo porque o processo administrativo nem mesmo foi concluído. Ao contrário, há nos autos declarações de que nada há contra o empregado. Não se pode misturar a expectativa de resultado do processo penal/administrativo com o processo do trabalho. Dou provimento para deferir o pagamento da gratificação de função recebida por mais de dez anos, com antecipação de tutela.

No entendimento expressado no voto do Exmo. Sr. Desembargador Relator, embora vencido pela divergência aberta, constatou que:

O caso da CPMI dos Correios é de conhecimento público e notório, diante da ampla divulgação dos fatos pela imprensa, tratando-se de um dos maiores escândalos nacionais dos últimos anos.

O reclamante atuava como Gerente de Marketing e Comunicação do banco, estando envolvido nos processos de licitação com empresas de publicidade e propaganda.

Em face das funções desempenhadas pelo a tutor, este respondeu a processo movido pelo Tribunal de Contas da União, por força de irregularidades que vieram à tona quando da investigação da CPMI dos Correios.

Tal fato me parece suficiente para justificar a perda da fidedúcia necessária para o preenchimento da função de confiança. Afinal, como poderia uma sociedade de economia mista incumbir seus contratos de licitação a empregado investigado pelo TCU justamente por irregularidades em processos licitatórios, ainda mais se considerarmos que tal Tribunal já aplicou sanção pecuniária ao empregado envolvido no escândalo?

Considero, pois, satisfeito o requisito da Súmula n.º 372, I, da Corte Superior do Trabalho para a retirada da gratificação de função recebida pelo autor.

Apenas a título de esclarecimento, destaco que não é exigível a abertura de processo administrativo propriamente dito unicamente para verificar a possibilidade de supressão de gratificação de função. Por outro lado, forçoso seria a manutenção do autor em função de confiança gratificada diante de tantas evidências de sua participação nas irregularidades acima relacionadas.

Assim, dou provimento ao recurso do reclamado para absolvê-lo da condenação de restabelecimento da gratificação suprimida, diante da existência de justo motivo para o corte da parcela; conseqüentemente, não há tutela a ser antecipada ao reclamante, no particular.

Este é o meu entendimento.

Contudo, prevaleceu a divergência apresentada pelo Exmo. Juiz [...]

Em 17 de março de 2010, em sede de embargos de declaração opostos pelo Reclamante, contra o Acórdão da 6ª Turma que conheceu e deu provimento ao recurso de revista interposto pela

Empresa para suprimir a gratificação de função, deu-se provimento com efeito modificativo, para restabelecer a condenação da Empresa a incorporá-la, com base na Súmula 372 do próprio TST, tendo em vista documento juntado pelo Reclamante/Embargante, de que fora ao final absolvido pelo TCU.

Destaca-se o trecho do Acórdão complementar, com efeito modificativo dos embargos de declaração, sob a Relatoria do Exmo. Sr. Ministro Augusto César Leite de Carvalho, em Sessão de 10 de março de 2010:

[...]

Não obstante isso, entre a interposição e o julgamento do agravo de instrumento do reclamado, o reclamante colacionou documentos (fls. 445/464) que comprovam ter sido inocentado no processo perante o TCU, o qual apurava seu envolvimento no aludido esquema do mensalão. Ressaltou a observância ao disposto no artigo 462 do CPC, o qual dispõe: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

Pelo que se infere da decisão embargada, efetivamente não se considerou a referida juntada.

Se a decisão embargada alicerçou-se na condenação ao pagamento de multa administrativa para justificar a má conduta que impediu a integração da gratificação, conforme fl. 474-v, e o reclamante posteriormente foi absolvido dessa condenação, não subsiste o suporte fático balizador do acórdão embargado, evidenciando-se

a necessidade da concessão de efeito modificativo aos presentes embargos declaratórios.

Na citada decisão percebe-se a ausência de fundamentos ou até mesmo comentários sobre aos demais elementos do processo servíveis para caracterizar o justo motivo, pois, neste caso, o suporte fático não se extrairia apenas do Procedimento a cargo do TCU, mas também do envolvimento do nome do Reclamante tanto na apuração perante o TCU como na CPMI, instaurados em 2007, quando o escândalo tornou-se público e notório, com a vinculação do nome da Empresa que, por esse motivo, não poderia quedar inerte e parecer conivente com as ocorrências à época noticiadas.

Enfim, não se está, como frisado antes, a discutir a correção das decisões judiciais, mas, sobretudo, a indagar o que seria, então, esse justo motivo exigido pela Súmula 372 do TST? Dependeria de condenação do empregado em algum processo para justificar a perda da confiança suficiente para o exercício de uma função que requer a existência de uma fidúcia especial?

Também já foi possível detectar outras decisões de Tribunais Regionais que ultrapassaram os limites objetivos da Súmula 372/TST, merecendo destaque a equilibrada decisão do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido fazer valer a clareza e a justiça do contido na sua Jurisprudência, gerando segurança jurídica, em especial, quanto ao tempo de exercício de função de confiança por dez anos ou mais, evitando-se a má aplicação da Súmula.

Trata-se do Acórdão da Egrégia Terceira Turma do TST, sob a Relatoria do Exmo. Sr. Juiz Convocado Luiz Ronan Neves Koury, no julgamento do recurso de revista interposto pela empresa no

processo TST-ED-RR-724647-27.2001.5.02.5555¹¹, o qual reformou decisão da Vara do Trabalho, confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em que fora concedida a estabilidade financeira a um empregado que exerceu a função de confiança por 5 anos e 7 meses, contrariando a Súmula 372/TST.

Transcreve-se trecho do Acórdão Regional que negou provimento ao recurso ordinário interposto pela empresa, para condená-la a incorporar a gratificação de função exercida por menos de 10 anos:

[...]

É incontroverso que, de 1/3/1991 a 18/10/1996, o recorrido recebeu gratificação de função. Neste período, embora detentor do cargo de escriturário, exerceu função de confiança (gerente e gerente geral de agência).

Pois bem, a fidúcia convém ao empregador.

Ao empregado, servindo com zelo, dedicação e preterição pessoal, há várias vantagens.

Por exemplo, a remuneração, aumentando a receita, o conforto material. A posição hierárquica no emprego, assim, na superioridade sobre os colegas; também a proximidade ao poder de mando.

11 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma, processo nº TST-ED-RR-724647-27.2001.5.02.5555, Relatoria Juiz Convocado Luiz Ronan Neves Koury, publicado no DJ de 16/02/2007. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=724647&digitoTst=27&anoTst=2001&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=5555&submit=Consultar#>>. Acesso em 01 out. 2017;

Tais institutos (fidúcia, majoração salarial, posição hierárquica) ensejam incomensuráveis efeitos positivos no modus vivendi do empregado.

Todavia, considerando a origem e o tempo havido, entendendo, sua supressão enseja prejuízo psicológico e físico.

É fator conhecido. O empregado, desacreditado na fidúcia, perde o posto funcional, a auto-estima, o vencimento, culmina desorientado, até esquecendo o seu lugar na organização. Inquieto, remanesce lembrando o status quo ante, em vão.

Neste sentido, ainda à analogia do Precedente Jurisprudencial 45 da SDI do C. TST, embora o respectivo limite fixado (10 anos ou mais), concluo que in casu (5 anos, 7 meses e 17 dias) convém a reparação sub judice.

Diante do exposto, a despeito dos argumentos recursais, mormente sobre Regulamento de Pessoal, caráter de efetividade, natureza e correspondência a exercício de funções, contraprestação pecuniária da atividade, e a citado regramento (CLT, 468), desassiste razão à recorrente.

Em Acórdão da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, a questão foi conduzida à ordem:

[...]

Consoante se vê, o acórdão proferido, ao manter a sentença que concedeu a incorporação da gratificação de função ao reclamante, que a recebeu por período inferior a 10 anos, contrariou a Orientação Jurisprudencial 45/SBDI-1/TST, atual Súmula 372, I, TST. [...]

No caso, restabeleceu-se a segurança jurídica, mediante provimento ao recurso da empresa, para reformar a sentença e o Acórdão que a condenavam na incorporação da gratificação de função a empregado revertido ao cargo efetivo após ter exercido menos de 10 anos na função de confiança, em legítimo confronto à Súmula 372/TST.

4. É o fim da estabilidade financeira prevista na Súmula 372/TST?

Conforme dito, de forma alguma se pretende, com este trabalho, criticar o conteúdo das decisões judiciais, tampouco questionar o aspecto de correção da legalidade, mas há que se lançar um olhar sobre possíveis elementos que poderiam ter municiado correntes contrárias à Súmula 372/TST, potencializadas por eventuais excessos ou inspirações de fundo ideológico político, cometidos na sua aplicação, pelos magistrados, principalmente se ignoram os requisitos tempo de gratificação e justo motivo, para a correta reversão do empregado ao cargo efetivo, sem a incorporação da gratificação de função.

Nesse contexto, exsurge a redação do aludido artigo na CLT¹², por força da Lei nº 13.467/2017, notadamente, com a supressão do parágrafo único e a decorrente inserção dos parágrafos 1º e 2º:

12 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho – Atualizada pela Lei 13.467/17. São Paulo: Migalhas, 2017, p. 151;

Art. 468 Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função. (NR) (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) – grifo de agora.

A indagação que fica, então, é de como será a aplicação da norma acima citada, após a vigência da Lei nº 13.467/2017, se, quando da atual redação do art. 468 da CLT, frise-se, anterior à reforma, combinado com a Súmula 372 do TST, era possível verificarmos decisões judiciais desconexas com a própria jurisprudência do TST, então, o futuro art. 468 Celetista representaria, de fato, a extinção da estabilidade financeira?

A questão tem suscitado discussões, especialmente, a respeito de como ficará a Súmula 372/TST diante da aplicação da nova redação do art. 468, da CLT, que não gera dúvidas, tampouco, margem para a interpretação dos juízes como bem entenderem.

São muitos os comentários contra e a favor da alteração. Há críticas de que a alteração conduzirá ao cancelamento da Súmu-

la 372/TST. Outros ainda reforçam afirmando que a inovação legislativa representa violação ao direito adquirido, portanto, inconstitucional.

Nesse ponto, há de se indagar se haveria mesmo direito adquirido ou uma mera expectativa de direito, considerando que, na ocorrência de descomissionamento, em análise probatória, caberia ao magistrado, à luz do vigente parágrafo único do art. 468 da CLT e da citada Súmula, extrair e fundamentar para decidir se foi cumprido o prazo mínimo de exercício de cargos de confiança, bem como, se a reversão ao cargo efetivo se deu sem justo motivo.

Existem indagações que somente o tempo e os julgamentos de eventuais demandas poderão estabelecer orientações, como por exemplo, se haverá modulação!

A reversão ao cargo efetivo também é debatida nas hipóteses de extinção do estabelecimento, conforme será visto a seguir.

5. Na hipótese de extinção do estabelecimento, é lícita a transferência seguida da reversão ao cargo efetivo? É justo motivo para a Súmula 372/TST?

A transferência de empregado, em razão da extinção do estabelecimento (§ 2º do art. 469 da CLT), por exemplo, decorrente de oscilações na economia do país, autorizaria, concomitantemente, a reversão ao cargo efetivo com a conseqüente supressão da gratificação, em hipótese de nas localidades com vagas, não existirem vagos cargos de confiança?

Como visto, a regulação sobre alteração do contrato de trabalho e do local de prestação do serviço pelo empregado encontram-se delineadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seus artigos 468 e 469¹³.

Na hipótese de uma empresa, por necessidade decorrente de alterações no cenário da economia do país, no pleno exercício do seu poder diretivo e organizacional, visando a sobrevivência e a sustentabilidade, implementar uma reestruturação em sua rede de filiais, concluir pelo fechamento de alguma unidade, que implicações poderia enfrentar na esfera trabalhista, exerça o empregado cargo de confiança ou não?

Entende-se que há amparo legal para a remoção compulsória de empregados na hipótese de real necessidade do serviço, situação

13 *Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.*

(...)

Art. 469. Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

§1º Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargo de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.

§2º É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

§3º Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, *enquanto durar essa situação*;

apta a afastar, em tese, a regra geral de imutabilidade do contrato de trabalho, notadamente porque se está preservando, sobretudo, a empregabilidade, ou seja, a continuidade do vínculo empregatício, com todos os seus direitos e obrigações, porém, em outro estabelecimento, não necessariamente na mesma localidade.

Entretanto, por ser razoável e medida de respeito ao trabalhador, considerando o caráter de reestruturação no empreendimento, entende-se que, também, por segurança, devam ser apresentadas, previamente, alternativas que permitam aos interessados optar pela transferência voluntária, com incentivos, até para resguardo do empregador e evitar o puro arbítrio, mantendo-se a transparência da situação real da empresa e das alternativas possíveis para a preservação dos empregos, recomendando-se, ainda, que o processo seja pautado por regras claras e objetivas, inclusive bem esclarecendo o caráter definitivo das remoções e, assim, afastar expectativas quanto a incidência do adicional de transferência, previsto no §3º do artigo 469 da CLT, aplicável para situação diversa.

Nesse cenário, reforça-se a necessidade de observância ao entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio de sua Súmula nº 43¹⁴, preservando a comprovação da existência de real necessidade do serviço.

Na ocorrência de encerramento do estabelecimento em determinada praça, para manter a empregabilidade – no que interessa e se preocupa a Justiça do Trabalho – não há outra melhor alternativa do que a transferência com as despesas arcadas pela Empresa.

14 Súmula nº 43, do TST: TRANSFERÊNCIA. Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço;

Vale mencionar esclarecedor Acórdão da Sexta Turma – 12ª Câmara, do TRT da 15ª Região¹⁵:

TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADA. EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO EM QUE A EMPREGADA TRABALHA. Embora o risco do empreendimento deva ser suportado pelo empregador, o artigo 469, parágrafo 2º da CLT é expresso em considerar lícita e não lesiva a transferência do empregado quando ocorrer a extinção do estabelecimento em que trabalhar. Vale mencionar, também, as palavras da ilustre jurista e magistrada Alice Monteiro de Barros: “A transferência por extinção do estabelecimento no local em que o empregado trabalha também é uma exceção à regra da inamovibilidade, pois poderá ocorrer de o empregador necessitar dos empregados em estabelecimento sediado em outro local. A recusa do empregado equivale a pedido de demissão (art. 469, § 2º, da CLT), salvo se portador de estabilidade decenária”. (Curso de Direito do Trabalho, 2 ed. São Paulo, LTr, 2006, p. 823).

Independe se a empresa é privada, sociedade de economia mista ou empresa pública, todas estão sob o mesmo regime celetista. Eis a seguinte ementa de Acórdão da Quarta Turma do TRT da 9ª Região¹⁶:

-
- 15 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Processo nº 0053600-49.2008.5.15.0086, RO 32096, Acórdão da 6ª Turma – 12ª Câmara, julgado em Sessão de 11/05/2010, Relatora Desembargadora Olga Aínda Joaquim Gomieri. Publicação no DJ de 04/06/2010. Disponível em: < <http://portal.trt15.jus.br/numeracao-unica>>. Acesso em 06 out. 2017;
- 16 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Processo nº TRT-PR-02133-2010-322-09-00-3(RO), Acórdão da 4ª Turma do TRT da 9ª Re-

EMPREGADO PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA. EX-TINÇÃO DO ESTABELECIMENTO. Em que pese os transtornos ocasionados ao autor pela extinção da unidade em que trabalhava no interior do Estado, não se pode considerar arbitrário o seu deslocamento para esta capital, na sede da Superintendência Regional do empregador, pois houve desativação do setor em que o mesmo trabalhava na localidade de origem e não há obrigação legal de transferência do empregado público para outros órgãos federais. Recurso a que se nega provimento.

Na hipótese de um empregado exercer cargo de confiança na filial que teve encerradas as suas atividades, principalmente quando não há igual função na localidade de seu interesse, torna-se inevitável a reversão ao cargo efetivo e a transferência para outra localidade que lhe possa interessar, em esforço conjunto para a manutenção e plena continuidade da relação de trabalho.

A remoção compulsória, caso o empregado recuse as opções de localidades com vagas que lhe foram ofertadas, em razão da extinção do estabelecimento na localidade em que se encontrava laborando, também representa alternativa a evitar-se a extinção do pacto laboral, em respeito ao princípio da continuidade da relação de emprego. Entretanto, lembre-se que a recusa pode ser interpretada como equivalência a um pedido de demissão.

Aspecto importante a ser observado pela empresa é não simular a necessidade de fechamento de determinada filial, para

gião, julgado em Sessão de 14/04/2011, Relator Desembargador Luiz Celso Napp. Publicação no DJ de 29/04/2011. Disponível em:< <https://www.trt9.jus.br/pesquisaprocessual/pesquisaNumeracaoTRT.xhtml>>. Acesso em 06 out.2017;

justificar remanejamento de empregados, o que seria considerado transferência ilícita ou nula de pleno direito, consoante o vigente art. 444 da CLT¹⁷, traduzindo abusividade de direito se restar demonstrada a simulação da situação ou o eventual caráter punitivo aos empregados.

Se a necessidade de fechamento for legítima, também é importante que o administrador da empresa faça a realocação dos empregados da forma menos onerosa para as partes dessa relação laboral, pois os excessos poderão gerar danos, e, na hipótese de culpa, que é objetiva, a reparação poderá ser uma consequência inevitável.

Hipótese dessa situação é quando do fechamento de uma filial ou de uma gerência regional não se observa o preenchimento das vagas existentes na mesma cidade – seja de cargo efetivo ou de confiança – lembrando que é equivocada a premissa de que a fidúcia necessária para o exercício do cargo de confiança desaparece com o fechamento da filial.

Enfim, é comum ver esse tema questionado judicialmente, mesmo quando o empregador envida todos esforços para minimizar os efeitos da reestruturação empresarial na vida do empregado, mas, naturalmente, este tende ao inconformismo, porém, no caso de real necessidade de encerramento da filial ou unidade, estará a empresa diante de uma regular transferência e, na hipótese de empregado que exercia cargo de confiança na filial encerrada, de uma também regular reversão ao cargo efetivo, caso não haja

17 CLT vigente: Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

vaga compatível ou de seu interesse nas localidades disponibilizadas pela empresa.

6. Considerações finais

O impacto da reforma trabalhista certamente sensibilizará a jurisprudência laboral.

Trata-se de um verdadeiro esforço legislativo para reconstruir as tradicionais formas de relações trabalhistas.

Destaca-se o art. 468 Celetista, alterado pela Lei 13.467/2017, com vigência a partir de 11.11.2017, cuja literalidade possibilitaria a reversão ao cargo efetivo, sem direito à estabilização financeira, independentemente do tempo de fruição ou motivos ensejadores.

Todavia, a receptividade dessa norma, pelo Judiciário, frente à Súmula 372 do TST, ainda é uma incógnita, principalmente para as relações laborais em curso.

A questão toma contornos não menos sinuosos quando envolve a extinção do estabelecimento, situação em que a premissa da empregabilidade permanece vigente na legislação, e no universo de aplicação do Direito ao Trabalho, ainda que alguns sacrifícios tenham que ser feitos, tal como a transferência compulsória, com ou sem a reversão ao cargo efetivo.

São muitas as indagações que pairam sobre a reforma trabalhista, cujas respostas, para os pontos específicos deste estudo, não se tem a pretensão de exaurir.

Mas com certeza pretendia-se fomentar e incentivar o diálogo sobre a reversão ao cargo efetivo e a estabilização financeira, na convicção de que o Direito do Trabalho prosseguirá fiel aos ditames e preceitos constitucionais, essencialmente àqueles que traduzem o fundamento para o crescimento do país, como o da valorização social do trabalho e da livre iniciativa empresarial, para, desse modo, ver-se atendidos os anseios de trabalhadores e empregadores.

A reforma legal veio em boa hora para o empresariado, que se dizia sufocado por uma legislação antiquada, sem significar tratamento indigno aos trabalhadores, ante as garantias e preceitos constitucionais permanecerem incólumes após esta reforma.

Mas o grande desafio será a mudança de mentalidade, na perspectiva de respeito à nova dimensão legislativa para as relações laborais, que inclusive valoriza o negociado sobre o legislado. É o momento ideal para um esforço conjunto entre capital e trabalho, em prol do crescimento econômico do país e da elevação do Direito do Trabalho a um novo patamar.

Por fim, ciente de que os desafios serão grandes, tanto no campo da implementação das novas relações laborais, quanto no campo da interpretação da lei, apela-se para que a doutrina e, principalmente, a jurisprudência extraiam o melhor conteúdo desse novo diploma celetista, sem perder de vista o espírito e a finalidade da norma.

7. Referências Bibliográficas

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho – Atualizada pela Lei 13.467/17. São Paulo: Migalhas, 2017.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Publicação no D.O.U. de 14 jul. 2017. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.787, de 2016. Câmara dos Deputados, Comissão Especial, Relator Deputado Rogério Marinho. Disponível:< http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/parecer-do-relator-dep-rogerio-marinho_120417>. Acesso em 01 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Processo nº TRT-PR-02133-2010-322-09-00-3(RO), Acórdão da 4ª Turma do TRT da 9ª Região, julgado em Sessão de 14/04/2011, Relator Desembargador Luiz Celso Napp. Publicação no DJ de 29/04/2011. Disponível em:< <https://www.trt9.jus.br/pesquisaprocessual/pesquisaNumeracaoTRT.xhtml>>. Acesso em 06 out.2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Processo nº 0053600-49.2008.5.15.0086, RO 32096, Acórdão da 6ª Turma – 12ª Câmara, julgado em Sessão de 11/05/2010, Rela-

tora Desembargadora Olga Aina de Joaquim Gomieri. Disponível em: < <http://portal.trt15.jus.br/numeracao-unica>>. Acesso em 06 out. 2017

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Sexta Turma. Processo nº TST-RR-39340-97.2007.5.10.0002, Relator Ministro Horácio Sena Pires. Disponível em:< <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=39340&digitoTst=97&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=002&submit=Consultar>>. Acesso em 01 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma, processo nº TST-ED-RR-724647-27.2001.5.02.5555, Relatoria Juiz Convocado Luiz Ronan Neves Koury, publicado no DJ de 16/02/2007. Disponível em:< <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=724647&digitoTst=27&anoTst=2001&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=5555&submit=Consultar#>>. Acesso em 01 out. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. 5ª ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2011

GRAVATÁ, Isabelli, et. Al. CLT Organizada. – 3. ed. – São Paulo: LTr, 2012.

Jornal *Folha de São Paulo*, São Paulo/SP, 10 de julho de 2017, Seção Mercado. Disponível em:< <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1900096-para-mpt-oab-e-cnbb-reforma-trabalhista-viola-a-constituicao.shtml>>. Acesso em 06 out. 2017.

MAGANO, Octávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. Direito Individual do Trabalho, Ed. LTr, 1986, v. 2, 4. ed.

NETTO. Antônio Delfim. Emprego. *Jornal do Comércio*, Porto Alegre/RS, publicação de 04 de outubro de 2017, Caderno Economia. Disponível em:< http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/10/economia/588944-opinioao-economica-emprego.html>. Acesso em 06 out. 2017.

Agradecimentos ao Dr. Fábio Henrique Garcia Costa pela importante colaboração, não apenas no auxílio à formatação, como, também, na melhor distribuição lógica e sequencial das ideias no trabalho.

LEI FEDERAL 13.467/17 E RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO: ENFRENTAMENTO DE TEMÁTICAS, CONSIDERAÇÕES PROPOSITIVAS E TENTATIVA DE COMPREENSÃO SISTÊMICA

*José Pedro Pedrassani**

Introdução – 1. Contribuição sindical. - 2. Negociação coletiva. Participação obrigatória de entidade sindical. - 3. Convênios coletivos. Vigência temporal limitada e não ultratividade. - 4. Conflito individual. Pedido de anulação de clausulamento normativo. Intervenção. Litisconsórcio necessário. – Conclusão

Introdução

Não se pretende nesta rápida e horizontal exposição a pesquisa a respeito do amplo quadro sócio-político redundante da edição da Lei Federal 13.467/17 nem mesmo o enfrentamento acadêmico dos efeitos jurídicos daí resultantes no âmbito das relações de trabalho, individuais e coletivas.

* Advogado. Doutor em Direito do Trabalho (USP). Mestre em Direito Processual (UFRGS). Membro Pesquisador do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior*. Membro da Comissão Especial da Justiça do Trabalho (OAB/RS) e da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas dos Advogados (OAB/RS).

Trilhando um caminho diverso do inegável debate maniqueísta hoje instaurado, notadamente no suposto conflito “agora tudo é permitido ao empregador x destruição do Direito do Trabalho pátrio”, o que se propõe é um diálogo, inclusive propositivo, levando em consideração a tentativa de concepção sistêmica das condutas que podem se revelar adequadas e harmônicas com a ordem positivada, especialmente do centro irradiador que é a Constituição Federal.

E considerada essa premissa, embora tentada a invocação dos critérios – ou serão princípios? – da razoabilidade e da reserva legal, deve-se admitir que em momento algum houve um efetivo e racional debate a respeito da recepção da ordem legal infraconstitucional pela Constituição Federal de 1988. Ocorre que por muitos é dito que a promulgação da “Constituição cidadã” importou na ruptura de uma realidade de atuação estatal não-democrática ou de exceção, o que significa, para esses, que toda a legislação infraconstitucional estaria contaminada igualmente desses qualificativos, o que, por lógica, retiraria a compatibilidade integradora. Mas tais encaminhamentos são próprios de outro diálogo que não agora.

1. Contribuição sindical

Presente no modelo pátrio a atuação das entidades sindicais, ao menos em tema de representação negocial-normativa, para todos os integrantes de categoria profissional ou empresarial independentemente da condição de associado, construída foi a concepção do direito dessas entidades a uma receita impositiva de toda a coletividade.

Mesmo que tendente a imperfeições nos dias presentes, esse primado teve por anseio retribuir compulsoriamente as entidades sindicais pela imputação de responsabilidades legais que acabaram extrapolando inclusive o âmbito negocial-normativo e que hoje se encontram consolidadas no artigo 592 da CLT. Assim, inegável reconhecer-se que a imperatividade da contribuição sindical acabou sendo catalogada de natureza tributária, albergada no art. 217, inciso I, do Código Tributário Nacional e, porque não, no artigo 149, *caput*, da Constituição Federal.

Pois bem, a novel redação legislativa mantém a designação até então tratada, pois contribuição sindical é conceito já incorporado.

O que parece modificado seria (i) a compulsoriedade, porque agora a efetivação dessa contribuição seria volitiva e condicionada à prévia aprovação e (ii) teria, a partir de então, um caráter não tributário, mas praticamente associativo, a exigir algum esforço exegético.

Ocorre que a Constituição Federal, mesmo que desconsiderado o artigo 149, assegura como um direito fundamental de segunda dimensão a prerrogativa das entidades sindicais serem beneficiadas de uma “contribuição prevista em lei”, como posto na parte final do inciso IV do artigo 8º (“a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei”).

O referido dispositivo aponta que o Estado está obrigado a instituir e preservar uma contribuição mediante legislação infraconstitucional que beneficie as entidades sindicais, independentemente

de contribuições associativas (porque decorrente de estatuto social) e negociais (porque afeitas à autonomia coletivo-assembly), bem como àquela de natureza confederativa.

Portanto, é razoável extrair-se que essa contribuição “legal” possua por características vinculatividade *erga omnes* e abrangência a todos os integrantes da categoria representada pela entidade sindical, como é próprio da legislação ordinária.

Com isso, e ainda mais porque externada a necessidade de plena valorização da negociação coletiva como centro de positividade de normatividade concorrente com a estatal, é consistente dizer-se que a modificação legal não está adequada ao texto constitucional.

Porém, existem mais dois expressivos questionamentos.

O primeiro, a par dos debates envolvendo a constitucionalidade formal de que lei ordinária promova e extinção de tributo, aparentemente é constatada uma incongruência com a Lei Federal 11.648/03, especificamente em atenção ao seu artigo 7º, *verbis*:

Os arts. 578 a 610 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, vigorarão até que a lei venha a disciplinar a contribuição negocial, vinculada ao exercício efetivo da negociação coletiva e à aprovação em assembléia geral da categoria.

Isso significa que o legislador ordinário impôs previamente – a ele mesmo - um procedimento legislativo de modificação da contribuição sindical, estabelecendo que o conjunto sistêmico positivado nos artigos 578 a 610 da CLT permanece vigente até

que modificada a forma de contribuição, que passaria ser designada como negocial e decorrente exclusiva e efetivamente do exercício do diálogo negocial (com o que implicitamente sugerido que neste modelo as entidades sindicais estariam desoneradas dos deveres hoje expressos nos artigos 592 da CLT) e com uma única condicionante de imperatividade coletiva, a submissão e aprovação à assembleia categorial (de modo que os não presentes à assembleia e aqueles votantes-reprovadores estariam igualmente vinculados à obrigação patrimonial de recolhimento, em respeito à deliberação democrático-participativa, quando aprovada pela maioria simples dos presentes).

Retomando a especulação inicial, note-se que a referida Lei Federal 13.467/17 não revoga nem tem como superada a ritualística definida pelo próprio Parlamento em relação ao tema específico, obscuridade ou silêncio que não corrigem a flagrante inconsistência da atuação legislativa.

O segundo ponto, umbilicalmente vinculado à resposta negativa ao que antes exposto.

Dir-se-á que a novel legislação mantém a contribuição sindical em todos os seus qualificativos, não representando ruptura de que trata a Lei Federal 11.648/13, promovendo tão-somente modernização (i) quanto ao momento de constituição dos valores, que será a partir de então aquele estabelecido em assembleia categorial, e (ii) em relação à obrigatoriedade impositiva para todos os membros da categoria, que será o da aprovação igualmente coletivo-assembly.

Ocorre que essa resposta, em linha especulativa, parece destoar da literalidade dos artigos modificados; encontra, entretanto, a razoável ponderação de que os remanescentes artigos da Conso-

lidação das Leis do Trabalho permanecem incólumes, inclusive o do rateio dos valores recolhidos, da obrigação de gerenciamento desses para repasse pela Caixa Econômica Federal e o da publicação dos valores aprovados.

Mas prevalente a compreensão literal, indicativa da voluntariedade dos integrantes da categoria representada para a contribuição, ao menos duas consequências refletem incongruência à coesão sistêmica.

Isso porque a voluntariedade representa modificação ontológica da contribuição, que de imperativa assume o condão facultativo, característica não condizente com tributo, mais ainda quando estabelecido o dever da entidade sindical submeter à assembleia e, mesmo que aprovada pelos presentes, assegurar a efetivação do direito de não concordância tanto dos presentes quanto dos ausentes (que pelo não comparecimento tacitamente estariam concordando com a deliberação tomada pela maioria).

Se assim é, ou for compreendido, como admitir-se que o Estado promova clara intervenção em típica matéria que represente autonomia sindical?

O desrespeito à garantia fundamental social da autonomia interna sindical, como posto no inciso I do artigo 8º da CF, é direto e literal, com requintes de confisco estatal. Se compete à entidade sindical submeter à assembleia, se essa submissão e aprovação não representam, por si só, vinculatividade a todos os integrantes da categoria, não há como admitir-se que o Estado permaneça incisivamente definindo o destino e a forma de rateio da arrecadação, inclusive em proveito seu.

Outrossim, a mera voluntariedade da contribuição ou importa em revogação tácita, repita-se, do artigo 592 da CLT ou, quando menos, a manutenção desses deveres exclusivamente para aqueles integrantes da categoria representada que permaneçam efetivando as contribuições.

2. Negociação coletiva. Participação obrigatória da entidade sindical

Observando realidade do ambiente negocial, o Decreto-Lei 229/67 incorporou o instituto jurídico do acordo coletivo de trabalho, conceituando-o como o convênio coletivo instrumentalizador de negociação estabelecida entre os empregados, representados pela entidade profissional, e o empregador.

Mesmo com tal conceito, as Constituições de 1967 (art. 158, XIV) e de 1969 (art. 165, XIV) permaneceram reconhecendo como centro de positivação especial apenas a convenção coletiva de trabalho, condição somente alterada com a Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XXVI) quando reconhecedora, em patamar de igualdade, de ambos os convênios coletivos.

Nada mais do justo esse reconhecimento quando percebida a especialidade do acordo coletivo de trabalho no seu aspecto subjetivo (determinada coletividade de empregados e determinado empregador), mais próximo de uma realidade laboral e, com isso, mais específico na retratação dos interesses efetivamente envolvidos. Com isso, sequer pertinência permaneceria quanto ao artigo 620 da CLT, porque a positivação especial e específica logicamente

prevalece frente à genérica e o regime brasileiro não contempla a figura da negociação coordenada ou estratificada.

Ocorre que essa orientação determinou o surgimento de considerações a respeito da recepção do artigo 617 da CLT pela Constituição Federal de 1998, em especial se atentado o comando encerrado no inciso VI do artigo 8º (“é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;”).

É possível afirmar, com certa segurança, de que a jurisprudência, como aquela constante de decisão proferida pela Tribunal Superior do Trabalho (por sua I SDI) nos autos do RR 1134676-43.2003.5.04.0900, vem expressando o reconhecimento da recepção do referido dispositivo, porque a titularidade do exercício do direito negocial compete à coletividade profissional, de modo que a entidade sindical apresentar-se-ia como o instrumento de expressão desse, na qualidade de ente exponencial. Entretanto, em respeito à garantia constitucional de segunda dimensão, retratadora de um direito social a exigir intervenção estatal permissiva da sua planificação, deve o sindicato ser obrigatoriamente convocado a integrar o diálogo negocial, de modo que aquela incidência legal apenas em condições excepcionais possa ser encaminhada.

E aqui surge o questionamento basilar: esse terá de ser igualmente o tratamento dispensado ao sindicato patronal, quando hodiernamente tão valorizado o procedimento negocial coletivo?

O texto constitucional é claro e literal em ditar a obrigatoriedade de participação “dos sindicatos”, não estabelecendo qualificação restritiva aos sindicatos, ou entidades sindicais, de representação profissional. E nem poderia fazê-lo. O fundamento essencial é o da proteção idêntica das entidades sindicais, alheias da ingerência

estatal e com as mesmas prerrogativas negociais, muito mais quando a Lei Federal em estudo é festejada por incorporar orientação de valorização da negociação coletiva como, repita-se, centro de positividade concorrente com o estatal. Mais ainda, se atentado que a contribuição sindical passa a ser volitiva, o que sugere plena e irrestrita integração notadamente dos sindicatos, dada a sua posição primária, com os integrantes da categoria representada.

Mitigar-se a proteção constitucional exclusivamente aos sindicatos profissionais é estabelecer tratamento discriminatório e excludente, praticamente retratador de conduta antisindical.

Não se duvide de que o empregador permanece com a prerrogativa de estabelecer diálogo negocial, e a eficácia normativo-jurídica do acordo coletivo de trabalho, mas a perfeição desse convênio coletivo e a não retratação de conduta antisindical exigem que o instaurador do procedimento, previamente ao início do diálogo, seja ele o empregador ou a entidade sindical profissional (ou a coletividade de interessados, se toda a categoria ou apenas um grupo de trabalhadores), estabeleçam formal convite de participação do sindicato patronal.

3. Convênios coletivos. Vigência temporal limitada e não ultratividade

Aceito que a perenidade é uma característica própria da relação empregatícia, pelo que refletida no contrato individual de trabalho, chama atenção porque a Lei Federal em comento não corrigiu o claro contrassenso de limitar temporalmente a vigência dos convê-

nios coletivos, mantendo rigorosamente, neste particular, o prazo de dois anos constante do parágrafo terceiro do art. 614 da CLT.

Também é de conhecimento que a Consolidação das Leis do Trabalho, na gênese visionária dos redatores do anteprojeto, encampou a limitação temporal com a razão finalística de instituir o costume e prática do diálogo negocial.

Entretanto, por razões que se perderam no tempo, a previsão encerrada no parágrafo terceiro do artigo 614 manteve-se inabalada desde 1943, como se as pretéritas motivações ainda se fizessem presentes.

Nem mesmo a ratificação da Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho pelo Brasil e a vigência da Recomendação 163, também da OIT, foram capazes de exercer alteração na limitação temporal quando alinhada a revelação de que a negociação coletiva, e portanto os convênios coletivos dela decorrentes, se revela como meio de pacificação das relações coletivas de trabalho, estabilizando e harmonizando, como efeito reflexo, as relações individuais de trabalho.

Essa inconsistência determina que o diálogo negocial, ao invés de manter-se constantemente aberto e em evolução pontual de uma ou algumas destacadas condições normativas ou obrigacionais não mais adequadas à realidade, tem no período imediatamente antecedente à designada data-base o tensionamento desproporcional e o claro embate de interesses, acarretando esgotamento dos participantes e, não raro, o rompimento do diálogo sem a instrumentalização do convênio coletivo e, no mais das oportunidades, a instauração de instância normativa.

Ocorre que o processamento de ação coletiva em sede de jurisdição normativa enfrenta, de início, o óbice do comum acordo (art. 114, parágrafo segundo, da CF), que mesmo superado exige dilação julgadora que enfrente um extenso rol de pedidos de clausulamento, acarretando demora de julgamento e perda da efetividade jurisdicional.

Teria sido mais consentâneo, mesmo que sem atrair a perenidade dos convênios coletivos, o alongamento da vigência, permitindo uma eficácia coletivo-normativa ao menos de quatro anos, aos moldes do artigo 868, parágrafo único, da CLT.

Não ocorrente essa evolução, o novo texto passa a repelir expressamente o efeito jurídico designado “ultratividade”; ainda que apresentando imperfeições científicas, é possível vislumbrar-se na adoção desse instituto a tentativa de manutenção estável das relações de trabalho, considerando o expressado antecedente.

Nesse quadro, é de imaginar-se que no curso do procedimento negocial antecedente à data base, o empregador ou o sindicato patronal apresente, assim como historicamente é praticado pelas entidades sindicais profissionais quanto à manutenção da data-base, declaração de compromisso “em mesa de negociação”, na qual ajustada a manutenção precária daquelas condições normativas até então vigentes enquanto permanecido o diálogo negocial, ou mesmo por determinado período, sem que esse comportamento patronal represente, no plano das relações individuais de trabalho, condição contratual mais benéfica ao trabalhador (art. 468 da CLT). Também pode o empregador, ou sua entidade sindical, solicitar expediente, não jurisdicional, de mediação junto aos Tribunais do Trabalho, buscando construir uma definição consensada a respeito, se do inte-

resse for, dessa manutenção precária, tudo em prol da não elevação exponencial os conflitos que daí adviriam.

Não prevalecendo a proposição, e agora diante da expressa impossibilidade legal do efeito ultrativo no âmbito das relações individuais de trabalho, o empregador terá de suspender as condições de trabalho e aquelas retributivas especiais previstas nos convênios coletivos imediatamente no dia seguinte ao do termo final, conduta que, embora amparada na literalidade do artigo 614 (parágrafo terceiro) da CLT, acarretará consequências temerárias ao procedimento negocial e à pacificação do ambiente laboral, porque tornará o diálogo mais tenso e belicoso.

Assim, objetivamente, a lei não inovou onde necessariamente deveria tê-lo feito nem definiu solução ritualística quanto à manutenção precária, ainda que em situações especiais ou mesmo por determinado período temporal, das condições normativas após termo final de vigência do convênio coletivo.

4. Conflito individual. Pedido de anulação de clausulamento normativo. Intervenção. Litisconsórcio necessário

Significativa alteração do *status quo* processual é aquela constante do parágrafo quinto do artigo 611-A da CLT, impositivo (“deverão participar”) do dever de notificação das entidades sindicais firmatárias da fonte jurídica normativo-coletiva para que integrem a ação judicial, seja ela uma reclamatória individual seja ela uma ação de natureza coletiva (ação civil pública ou ação anulatória).

É razoável creditar-se esse evento procedimental ao dever de boa-fé negocial presente no curso da negociação e autorizador da formalização, retratadora dos diálogos construtivos, da convenção coletiva de trabalho ou do acordo coletivo de trabalho, de modo que os sujeitos signatários esclareçam ao Estado-julgador os contornos, extensão e significado do que debatido.

No entanto, é possível vislumbrar-se potenciais compreensões contraditórias.

Essa intervenção deverá ser efetivada quando houver pedido que contemple, ainda que implicitamente na carga de eficácia da sentença, a “anulação” de cláusula constante de convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho, não definindo o que se deva entender por anulação. Será o questionamento alusivo limitadamente quanto ao não atendimento dos requisitos de validade do negócio jurídico, assim como posto no Código Civil e previsto na nova redação do parágrafo terceiro do artigo 8º da CLT, ou também permissivo quando formulado pedido fundado em provimento aclarador?

Admita-se, neste estudo, a pertinência e adequação da regra materialmente limitadora da atuação jurisdicional incorporada pelo artigo 8º da Constituição Federal, impeditiva que de ofício o Estado-julgador estabeleça ampliação da *litiscontestatio*. Ainda assim, em passagem alguma, e nem poderia fazê-lo, a legislação infraconstitucional não veda que o trabalhador-jurisdicionado possa formular pretensão, integrada ou exclusiva, de conteúdo declaratório, sugerindo dúvida se tal pedido consubstancia-se como “anulação” nos termos da lei, a exigir intervenção.

A primeira sensação seria aquela do afastamento desse incidente processual, porque a referência legal é ao artigo 104 do Código Civil, indicativo da análise exclusiva quanto ao “agente capaz”, ao “objeto lícito, possível, determinado ou determinável” e à “forma prescrita ou não defesa em lei”. Ocorre que tal dispositivo integra um conjunto de advertências preliminares à análise dos requisitos de validade do negócio jurídico, conjungando, ainda, critérios de interpretação e aplicação, como é verificado nas seguintes passagens:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

Considerando a melhor prática hermenêutico-sistêmica, não é recomendável extrair-se um dispositivo sem que contemplado o universo, ao menos topográfico, da lei que o institui, sob o risco de descaracterizá-lo. Mas no caso presente o próprio parágrafo terceiro, em sua parte final, permite concluir que nos casos de pedido de prestação jurisdicional que leve em conta a exegese-aplicação de cláusula normativa diversamente daquela praticada nas relações de trabalho igualmente será necessário, como requisito de validade da relação processual, a notificação integradora das entidades sindicais envolvidas.

Independentemente desta solução, como transcorrerá a “ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos”?

O parágrafo quinto do art. 611-A da CLT utiliza a expressão “litisconsórcio necessário”, instituto jurídico processual conceituado no artigo 114 do Código de Processo Civil nos seguintes termos:

O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

Pelas razões já expostas, nada indica tenha sido a intenção do legislador traduzir para a Consolidação das Leis do Trabalho o regime constante da parte final do artigo, como se a decisão proferida na reclamatória individual viesse incorporar eficácia *erga omnes* e vinculativa às entidades sindicais integradas à relação processual, mas concretizar nos autos a efetiva realidade negocial e a clara intenção daquilo que redigido.

Mas nesta situação, os litisconsortes estão obrigados a integrar o processo ou o comando legal é apenas o da notificação das entidades sindicais, como positivado no parágrafo único do artigo 115 do CPC (“Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.”)?

A observância da ritualística é o dever de notificação, mas a intervenção é uma faculdade das entidades sindicais; não se tenham dúvidas, entretanto, que o silêncio representará, nos dias atuais, desatenção passível da cominação de penalidades processuais pecuniárias, por que aqui, diversamente do exercício do direito de defesa pelo demandado, que é ontologicamente facultativo, está-se falando do dever-meio de informação e de esclarecimento ao Estado-julgador.

Finalizando essa especulação, é interessante antecipar uma situação processual digna de destaque: poderá ocorrer da entidade sindical profissional, em face do proferimento de decisão anulatória – e que acabe por estabelecer comando condenatório em benefício do trabalhador-reclamante -, interponha recurso questionando o decidido e reafirmando a plena validade do que negociado. Em resumo, indiretamente a entidade sindical profissional estará pugando pela reforma da condenação mediante ratificação de atendimento dos requisitos legais do negócio jurídico, o que não será merecedor de nenhum reparo judicial.

Conclusão

Considerando a exploração realizada, com as limitações próprias a este estudo, e acatando a orientação de quanto, numa ordem jurídica constitucional moderna, há de buscar-se a planificação da eficácia jurídico-social das normas constitucionais, inegável transparecer o desafio de compreender-se se a inovação legislativa está orientada à razoável e possível concretização constitucional.

Exemplos mais próximos desta saudável exegese estão consolidadas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 4842, quando assenta a constitucionalidade de regime especial de trabalho, com jornada superior a 8 (oito) horas em atividade com exposição a risco de vida, previsto na Lei Federal 11.901/09 e aborda temática da abordagem das hora in itinere em negociação coletiva (RE 895.759).

De qualquer sorte, parece possível afirmar que a dita “reforma trabalhista” não se atentou para modificações que traduziriam uma efetiva modernização com consequências positivas às relações de trabalho.

Referências Bibliográficas

CHIARELLI, Carlos Alberto. *O Trabalho e o Sindicato: evolução e desafios*. São Paulo: LTr, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 2010.

RUPRECHT, Alfredo J. *Relações coletivas de trabalho*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA À LUZ DA LEI 13.467/2017

Célio Pereira Oliveira Neto¹

Objeto

O presente estudo tem por escopo traçar uma primeira análise do papel da negociação coletiva hodierna, à luz da Lei nº 13.467/2017, já consideradas as disposições da Medida Provisória 808.

Introdução

A Lei nº 13.467/2017 teve início com o Projeto de Lei nº 6.787, espécie de minirreforma, que inicialmente tinha o seu

1 Advogado, Doutorando, Mestre e Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor nos cursos de Pós-Graduação da Ematra IX – Escola da Magistratura do Trabalho da Nona Região, PUC/PR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Universidade Positivo, Academia Brasileira de Direito Constitucional e Instituto Superior de Administração e Economia - ISAE/FGV; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior (IBDSCJ); Membro da *Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional*; Membro do Conselho de Relações do Trabalho da Associação Comercial do Paraná; Membro do Conselho Deliberativo da Associação Brasileira de Recursos Humanos (ABRH/PR); Presidente do Instituto Mundo do Trabalho; Sócio fundador Célio Neto Advogados.

core voltado ao tema negociado x legislado, além de tratar da representação de trabalhadores e jornada parcial, dentre outros. Tal informação é importante apenas para demonstrar que desde o início, o legislador empenhou esforços no sentido de valorizar os ajustes via negociação coletiva.

1. Negociação coletiva

A função da negociação coletiva é concretizar direitos, por meio do diálogo aberto, franco e participativo, mediante ponderação dos direitos fundamentais do trabalhador com direitos constitucionais da livre iniciativa, prevenindo conflitos, adequando e conformando inovações tecnológicas, buscando a paz social por meio da melhor relação capital/trabalho.

A Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho trata da negociação coletiva, conceituando-a em seu artigo 2º, como:

[...] “todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador; un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.”

Logo, por negociação coletiva entende-se o processo de concessões mútuas entre empregadores e sindicatos representantes dos empregados, ou entre representantes de trabalhadores e representantes de empregadores, que visa negociar condições de trabalho e emprego, por meio de cláusulas econômicas e sociais, conformando as relações de trabalho, visando a paz social.

1.1. Princípios, Aplicação e Mudanças

Por força das bases fundantes do direito do trabalho, o trabalhador não pode livremente expor as suas vontades, diante da desigualdade material da relação capital/trabalho, verificando-se assim, a existência de assimetria de poderes na relação entre empregado e empregador.

Tal decorre da aplicação do artigo 468 da CLT que veda a alteração unilateral do contrato de emprego em prejuízo do trabalhador, até porque a Carta Maior elenca o respeito ao princípio da progressividade dos direitos sociais, e não retrocesso (art. 7º, caput).²

1.1.1. Autonomia Negocial Coletiva

No plano coletivo, a história é diferente, não se verificando a desigualdade material entre os agentes negociadores, mas

2 Situação mitigada na Reforma Trabalhista nacional, para os empregados denominados hipersuficientes, reconhecidos como tais os que percebem duas vezes ou mais valores de referência do Regime Geral da Previdência Social, e que poderão negociar as suas próprias regras, nos termos do art. 444, parágrafo único c/c o art. 611-A da CLT.

pressupondo equilíbrio geral de forças. Significa dizer, na negociação coletiva não há supremacia da empresa ou do sindicato que a representa, frente o sindicato que defende os interesses dos trabalhadores.

A negociação coletiva representa prestígio ao ajuste de interesses e autocomposição, valorizando, pois, a autonomia negocial das partes, diminuindo a participação do Estado interventor.

São os trabalhadores representados e as empresas que melhor conhecem os seus interesses, e que, com maturidade possuem condição de conformar as relações de trabalho de modo mais adequado ao tempo da sociedade em que se vive.

A nível mundial é crescente o aumento do reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, de tal arte a permitir que os trabalhadores negociem (por meio de seus representantes) as suas próprias condições de trabalho, sem a imposição de vontades do Estado.

O Estado, aliás, não tem condições de adequar as relações de trabalho, mormente em cenário midiático na era da informação, onde as inovações e tecnologias rapidamente alteram os modos de produção. Assim, frente a essa insuficiência da norma estatal combinada com a capacidade de auto-regulamentação dos agentes negociais, concede-se prestígio ao ajuste coletivo.

Com a Reforma Trabalhista, há valorização do princípio da autonomia negocial coletiva, consoante se extrai das disposições desta, com destaque para o §3º do art. 8º da CLT, que expressamente dispõe:

“No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”;

O dispositivo legal em referência é bastante restritivo, ao permitir a apreciação do Poder Judiciário Trabalhista somente quanto aos elementos essenciais do negócio jurídico. Tal orientação se repete no §1º do art. 611-A da CLT, que vez mais procura limitar a análise do juiz trabalhista aos aspectos formais da negociação, não podendo imiscuir-se no conteúdo do negociado.

Com o cuidado de delinear os limites do que se deve entender por aspectos formais, a Lei 13.467 inseriu disposição - a teor do §2º do art. 611-A da CLT - no sentido de que a inexistência de indicação expressa de contrapartidas recíprocas **não representa vício do negócio jurídico, não ensejando** a nulidade do ajuste coletivo.³

1.1.2. Princípio da Especificidade

O art. 620 da CLT, fruto da Lei 13.467/2017, injetou “anabolizante” nos Acordos Coletivos de Trabalho de modo a atribuí-lo força superior à Convenção Coletiva de Trabalho, fazen-

3 Sobre o tema, a ANAMATRA editou o Enunciado 5, no sentido de que o estabelecimento de contrapartidas em sede de negociação coletiva é inerente à boa-fé objetiva, sendo o art. 611-A, §2º da CLT incompatível com o arts. 7º, XXVI.

do, assim, desaparecer, ao menos sob o aspecto formal da lei, o histórico princípio de aplicação da norma mais favorável em prol do trabalhador.

Com a alteração, o princípio da especificidade ganha consistência, e prevalece frente o princípio de aplicação da norma mais favorável. O conceito é de que as partes bem conhecem as suas reais necessidades, valorizando a autonomia negocial coletiva.

1.1.3. Outras disposições legais

O §3º do art. 611-A da CLT trata da proteção contra dispensa imotivada na vigência do pacto coletivo, quando se trata de negociação para redução de salário.

O §4º do art. 611-A da CLT trata da aplicação de cláusula compensatória, quando da sua previsão em instrumento coletivo, na hipótese de procedência da ação anulatória de cláusula de convenção ou acordo coletivo de trabalho.

E o §5º do art. 611-A da CLT determina que os sindicatos subscritores figurem como litisconsortes necessários, na hipótese de ação coletiva ou individual que tenha como objeto a anulação de cláusulas negociadas em pactos coletivos. Observa-se, no entanto, que – por força da MP 808 – fica vedada a apreciação judicial de anulação de cláusula firmada via convenção ou acordo coletivo de trabalho, em ação individual.

Também é conferida redação ao art. 614, §3 da CLT, vedando às partes o estabelecimento de duração da convenção ou acordo coletivo de trabalho por período superior a dois

anos, assim como proibindo a vedando da ultratividade para a norma coletiva.⁴

2. O NOVO PAPEL DOS SINDICATOS

A Organização Internacional do Trabalho trata da negociação coletiva como base para uma política justa e solidária nas relações de trabalho, preconizando a ampla liberdade sindical já em seu preâmbulo, bem como relaciona dentre os seus princípios fundamentais, a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva.

A Lei 13.467/2017 não promove reforma sindical, apenas retira a receita compulsória dos sindicatos, obrigando-os a fazerem-se representativos ante a faculdade de recolhimento da contribuição sindical, nos termos da redação do arts. 545, 4788 e 579 da CLT.

Os sindicatos deverão adotar uma postura diversa da digladição cega entre capital e trabalho, com o escopo de atender aos interesses de seus representados por meio da conformação de interesses do trabalhador da 4ª revolução Industrial.

4 No particular, a ANAMATRA por meio do Enunciado 13 entende que a vedação à ultratividade é incompatível com os artigos 7º, XXVI, 8º, VI, 114, §2º - todos da CF/88, com as Convenções 98 e 154 da OIT, com o art. 2º, §1º do PIDESC e com o princípio da boa-fê, de sorte que sustenta ser lítica a previsão de ultratividade das normas coletivas.

2.1. Mudança de cenário

A realidade já não é a mesma da 2ª Revolução Industrial, da produção cronometrada do regime taylorista. Na época, o domínio da produção ficou por conta do Fordismo, que combinou o método de Taylor à administração conjunta de tempos e movimentos, dirigindo um trabalhador totalmente subordinado que se dedicava a atividades repetitivas e enfadonhas, gerando produtos em massa, em meio a uma hierarquia piramidal.

As economias eram fechadas, o crescimento econômico contínuo, e o regime era de “contratos para sempre”, em um modelo em que cada vez o capital necessitava de mais trabalho. Foi nesse cenário que se desenvolveu o direito coletivo, em um tempo de luta e conflitos para conquistas de direitos e reconhecimento do direito de associação.

Veio a 3ª Revolução Industrial representada por um salto tecnológico, pela automação e pela robótica. Democratizou-se o uso do computador, baratearam-se os preços dos produtos e elevou-se a capacidade do software. O modelo do engenheiro Ohno da Toyota inclui o operador multifuncional que opera várias máquinas ao mesmo tempo, gerando maior produtividade, e diminuindo a hierarquia em cenário de trabalhador participativo, mediante a inserção dos Centros de Controle de Qualidade.

Como consequência da evolução tecnológica, e novos paradigmas de produção, o setor de serviços cresceu e o industrial diminuiu, ocorrendo a migração dos empregos para pequenas empresas, gerando uma primeira onda de flexibilização, regulamentada no Brasil por uma série de medidas legislativas, que instituíram, dentre outros, nova possibilidade de contrato por prazo

determinado, modalidade de banco de horas, suspensão dos contratos de trabalho para qualificação profissional e a contratação a tempo parcial (Lei 9.601/1998, Medida Provisória 1.702-2/98, Medida Provisória 2.076/2001).

O cenário mundial atual demonstra que os empregos estão nas pequenas e médias empresas, o que não é diferente no Brasil, onde 84% dos empregos são gerados pelas micro e pequenas empresas⁵.

O crescimento econômico é quase utópico, em um mundo globalizado onde a dinâmica de novos processos de gestão é constante, e há fragmentação do processo produtivo em rede.

A empresa se torna volátil, minguando a ideia de “contratos para sempre”, e a jornada fica relativizada, não havendo a mesma necessidade de fiscalização de outrora, pois o que se espera é o resultado da produção que não está mais atrelado ao relógio de Taylor.

Há, pois, relativização da subordinação, surgindo o trabalhador cidadão, que conserva seus direitos personalíssimos no curso do contrato de emprego, empreende, e busca no trabalho não só a subsistência, mas também um propósito.

Chega-se às portas da 4ª Revolução Industrial, que funde e combina as tecnologias dos mundos físico, digital e biológico, em um processo de transformações que tendem a ser tão aceleradas, que não se pode prever tudo o que esperar.

5 BRASIL. *Transformações econômicas no Brasil*. Disponível em: <<http://brasilescola.uol.com.br/sociologia/transformacoes-socioeconomicas-no-brasil-decada-50.html>>. Acesso em 13 de julho de 2017.

Para se ter uma ideia dessa velocidade, o tear mecanizado demorou 120 anos para conquistar a Europa, ao passo que a Internet conquistou o Mundo em 10 anos; um *tablet* atual possui a capacidade de 5000 computadores de 30 anos atrás; nos últimos 20 anos, o custo do armazenamento caiu de 10 dólares para 03 *cents*; e um *smartphone* possui mais tecnologia embarcada do que a nave que conduziu o homem à lua.

Em âmbito econômico, insere-se a economia colaborativa, cambiando a propriedade pelo compartilhamento; e o protocolo de segurança de transações financeiras, onde todos são fiscais, mas ninguém detém a propriedade, do que é exemplo o *blockchain*, que deverá responder por 10% do PIB mundial em 10 anos.

No cenário produtivo, começa a ser utilizada a impressão 3D, que já foi responsável pela construção de um edifício de 6 andares na China, e que deverá produzir carros até 2025.

2.2. Conformação

Os empregos tendem a ser em grande parte substituídos por automação, robótica e inteligência artificial, e quando não convivem com estas. Como comparativo, basta observar que em 1990, as 3 maiores montadoras de Detroit geravam receita de 250 bilhões de dólares e 1,2 milhão de empregos, por ano. Atualmente, as 3 gigantes da tecnologia instaladas no Vale do Silício, geram 1,09 trilhão de dólares e só 137 mil empregos, ambos anualmente.

As hierarquias são cada vez mais mitigadas, e o trabalho ocorre em equipe, mormente no que se refere ao modo de atuar das

gerações mais novas que chegam ao mercado de trabalho, especialmente a geração Z.

Cabe, pois, uma releitura do papel sindical à luz da função da negociação coletiva, voltada à concretização de direitos, por meio do diálogo aberto, franco e participativo, mediante ponderação dos direitos fundamentais do trabalhador com direitos constitucionais da livre iniciativa, prevenindo conflitos, adequando e conformando inovações tecnológicas, buscando a paz social por meio da melhor relação capital/trabalho.

Os interesses devem ser voltados, pois, à proteção do próprio trabalho frente às tecnologias, não de modo míope a ignorar a realidade atual, mas (re)qualificando o trabalhador e conformando situações. Destarte, devem os sindicatos conectados à sociedade atual tratar de temas como: adaptação e conformação às novas tecnologias; reorganização do trabalho; jornadas flexíveis; teletrabalho; direito de desconexão; (re)qualificação do trabalhador; políticas anti-discriminação e inclusivas; participação em códigos de ética e de conduta; proteção à saúde e meio ambiente do trabalhador.

3. Limites da negociação

O art. 611-A da CLT traz rol exemplificativo de matérias que podem ser negociadas em sede de acordo ou convenção coletiva de trabalho, de forma diversa e mesmo aquém dos direitos legalmente previstos.

A MP 808, deu nova redação ao art. 611-A da CLT, todavia não alterou o seu sentido, apenas deixou expressa a necessidade de

observância ao disposto nos incisos III e VI do art. 8º da CF, que tratam respectivamente da atribuição ao sindicato de defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; e a obrigatoriedade de participação dos sindicatos nas negociações coletivas.

A Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, durante a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, por meio da Comissão 3, editou o Enunciado 1, entendendo que as regras negociadas podem prevalecer sobre o padrão heterônomo, desde que implementem padrão superior, ou quando transacionem parcelas e direitos trabalhistas de indisponibilidade relativa.

Para a ANAMATRA, cabe às partes, nos termos do art. 611-A da CLT justificar a excepcionalidade e transitoriedade da adequação, bem como definir as contrapartidas, observadas a razoabilidade e a boa-fé, sendo inconstitucional o disposto no parágrafo 2º do art. 611-A da CLT.

Para o órgão de classe, nos termos do Enunciado 2, a prevalência do negociado sobre o legislado não pode representar a supressão ou redução de direitos, ressalvada a previsão de que trata o art. 7º, inciso VI da CF.

Segundo o Enunciado 3 da ANAMATRA também não deverá ser aplicado o princípio da especificidade em detrimento da norma mais favorável, de sorte que o acordo coletivo de trabalho não poderá prevalecer sobre os termos da convenção coletiva de trabalho que represente condição mais benéfica ao trabalhador.

Como se tem conhecimento, as posições externadas pela ANAMATRA não possuem efetivo vinculante, e também não re-

presentam o pensamento uniforme dos juizes do trabalho. Devem, pois, ser lidas como subsídio para os que defendem a limitação da autonomia negocial coletiva, quando *in pejus* do trabalhador.

3.1. Vedação à negociação

Nos termos da Lei 13.467, o certo é que o art. 611-B traz rol taxativo dos direitos que não podem ser objeto de supressão ou redução via negociação coletiva.

Nas hipóteses *numerus clausus* relacionadas no art. 611-B da CLT, as matérias são de cunho infenso à negociação coletiva, até porque dizem respeito ao patamar mínimo civilizatório.

4. Temas de negociação

Como se tem conhecimento, as convenções 98, 151 e 154 da OIT preveem o reconhecimento e estímulo à negociação coletiva como meio de melhora das condições de trabalho e emprego, e que, de modo aparentemente contraditório, a Reforma Trabalhista prevê até mesmo a redução dos direitos dos trabalhadores, mediante negociação coletiva.

O que se nota, de toda sorte, é que o sindicato pode ser o agente da mudança, a quem cabe atuar de modo representativo buscando conformar as relações de trabalho.

Pois bem, conforme a reforma trabalhista, nos termos do previstos para o artigo 611-A da CLT e seus incisos⁶, de forma exemplificativa, passam a ser negociados diversos direitos, passando-se a tecer alguns comentários sobre parte destes.

4.1. Atuação sindical

A facilidade de ajustar plano de cargos, salários e funções sem a necessidade de validação pelo Ministério do Trabalho e Emprego, permite ao sindicato negociar condições especiais no planejamento de carreira nos termos do art. 611-A, inciso V da CLT.

-
- 6 Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
- I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
 - II – banco de horas;
 - III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
 - IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;
 - V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
 - VI – regulamento empresarial;
 - VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;
 - VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
 - IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho pessoal;
 - X – modalidade de registro de jornada de trabalho;
 - XI – troca do dia de feriado;
 - XII – enquadramento do grau de insalubridade;
 - XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
 - XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
 - XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

A ampliação da autonomia negocial leva à possibilidade de avaliar quais cargos na empresa representam funções que se enquadram como de confiança, consignando tal caracterização junto aos instrumentos coletivos.

A possibilidade de participação no regulamento empresarial por meio da negociação coletiva, não só confere maior segurança jurídica ao regramento da empresa, como permite participação da representação sindical nas discussões e elaboração do respectivo regimento.

O sobreaviso, quando objeto de negociação, o deve ser preservando o direito ao lazer e descanso, impedindo que o empregado possa ser chamado a qualquer tempo durante os 365 dias do ano, de modo que o projeto de vida do trabalhador não seja prejudicado, e nem a sua vida de relações com amigos e familiares.

O trabalho intermitente, é tema a ser negociado de acordo com as especificidades de cada setor, que vive realidades diferentes, sempre preservando o mínimo existencial, de modo que o sindicato possa negociar uma remuneração mínima e o gozo do lazer e descanso.

A remuneração por produtividade é tema que permite ao sindicato negociar políticas justas, que não fiquem ao arbítrio do empregador.

De igual modo, a remuneração por desempenho institui o enorme poder dos sindicatos negociarem a meritocracia, de modo a permitir a modernização das relações de trabalho concebendo maiores ganhos aos empregados com melhores resultados.

A negociação permitindo o pagamento de prêmios em bens ou serviços por parte da empresa, por meio de programas de incentivo, também se amolda muito bem ao cenário contemporâneo.

A tradicional negociação de Programa de Participação nos Lucros, Programa de Participação nos Resultados, ou Programa de Participação nos Lucros e Resultados é tema que, por evidente, consta da pauta da negociação.

A jornada 12x36, que na redação do art. 59-A, fruto da Lei 13.467, poderia ser negociada individualmente, sem a participação sindical, ganha nova roupagem com a edição da MP 808, de sorte a admitir-se o ajuste individual somente para o setor de saúde, exigindo-se a participação sindical para os demais setores.

O rol de direitos que podem ser negociados é amplo, e os itens em que a autorização está expressamente autorizada são apenas exemplificativos (*numerus apertus*).

Já os direitos cuja negociação está vedada são taxativos (*numerus clausus*), nos termos do artigo 611-B da CLT⁷. Pois bem, não

7 Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

- I – normas de identificação profissional inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS);
- IV – salário mínimo;
- V – valor nominal do décimo terceiro salário;
- VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- VIII – salário-família;
- IX – repouso semanal remunerado;
- X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) à do normal;

só há vasto campo para a negociação coletiva ampliando as matérias objeto de expressa autorização, como se podem negociar melhores condições sobre direitos em que há proibição de retrocesso.

-
- XI – número de dias de férias devidas ao empregado;
 - XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
 - XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
 - XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;
 - XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
 - XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
 - XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
 - XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
 - XIX – aposentadoria;
 - XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
 - XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
 - XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
 - XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
 - XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
 - XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
 - XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
 - XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
 - XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
 - XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;
 - XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

O teletrabalho, ao menos *part time*, é tema que deve ser negociado para quando do retorno da licença maternidade, a fim de que os recém-nascidos ampliem o contato com as suas genitoras além dos centos e vinte dias, aumentando assim, também, o tão importante período de amamentação.

A licença paternidade de cinco dias é própria do regime fordista, quando se exigia a presença do trabalhador mecanizado, sob pena de a produção parar. Essa não é a realidade atual, quanto menos em regime de teletrabalho. Portanto, o sindicato representante da categoria profissional pode negociar a instituição do teletrabalho *part time* pós-licença paternidade também para o homem.

Adotando uma postura conformada à sociedade da informação, o sindicato poderá se fazer efetivamente representativo, ampliando a concretização dos direitos fundamentais.

Em assim atuando, em tese, o empregado bem representado terá o desejo de associar-se, autorizando o desconto da contribuição da representação sindical, cuja obrigatoriedade caiu de acordo com a redação dos arts. 545, 578 e 579 da CLT, consoante já exposto.⁸

4.1.2. Intervalo Intraornada

Clama atenção o disposto no parágrafo único do art. 611-B, que dispõe que “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são considerados como normas de segurança, higiene e segurança do trabalho para fins do disposto neste artigo.”

8 Observa-se que a ANAMATRA externou a sua posição, no sentido de que a contribuição sindical não poderia ser retirada via lei ordinária, por tratar-se de contribuição parafiscal a teor do art. 8º c/c o art. 149 do CTN.

Parece inequívoco que o legislador inseriu a disposição do parágrafo único do art. 611-B da CLT com o escopo de deixar claro que as jornadas poderiam ser livremente negociadas, mormente no que tange à redução do intervalo intrajornada até o mínimo de 30 minutos, prevista no art. 611-A, inciso III, da CLT.

Todavia, em princípio não utilizou da melhor técnica, afinal é evidente que normas de jornada e intervalo dizem respeito à segurança, higiene e segurança do trabalho. Assim, a literalidade do texto está sujeita à declaração de inconstitucionalidade.

Frisa-se que, inobstante o entendimento jurisprudencial anteriormente consolidado na Súmula 437 do TST, a redução do intervalo intrajornada tem sido prevista em legislações especiais, de que são exemplos: a Lei da Doméstica (Lei Complementar nº150/2015); e o regramento do motorista profissional, que inseriu o §5º ao art. 71 da CLT, de sorte a permitir a redução do intervalo intrajornada não só para o motorista empregado de transporte coletivo de passageiros, mas também para cobradores, fiscalização de campo e afins, mediante ajuste coletivo.

Com as últimas modificações legislativas, em especial a Lei nº 13.467/2017 no que se refere aos seguintes artigos: 611-A, inciso III da CLT; e a regra do §2º do art. 8 da CLT, que dispõe dentre outras que súmulas não poderão criar obrigações não previstas em lei - caberá ao TST a escolha entre dois caminhos opostos.

O primeiro – não necessariamente pela ordem – é rever o teor da Súmula 437, para autorizar a redução do intervalo intrajornada nas hipóteses legais, e mediante negociação coletiva, nos exatos termos dos dispositivos legais supramencionados.

O segundo é declarar a inconstitucionalidade da previsão da legislação ordinária de redução do intervalo intrajornada, ao argumento de que este trata de norma de saúde e segurança, não podendo ser objeto de redução, tal como prevê a Súmula 437 do TST.

Para a ANAMATRA, nos termos do Enunciado 4, as medidas de higiene, saúde e segurança do trabalho não podem ser objeto de negociação coletiva, enunciando a inconstitucionalidade dos incisos III e XII do art. 611-A da CLT. Na mesma esteira de raciocínio, o Enunciado 8 preconiza que as regras sobre intervalo intrajornada são consideradas normas de saúde, higiene e segurança, não sendo compatível com o ordenamento jurídico a redução do intervalo intrajornada para menos do que uma hora, quando de jornadas superiores a seis horas.

Caso o caminho seja o indicado pela ANAMATRA, os julgadores, ainda que de modo incidental, deverão declarar a inconstitucionalidade não do dispositivo que autoriza a redução do intervalo, pelo menos de forma direta, mas do parágrafo único do art. 611-B da CLT que determina que “as regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.”

Quem perde com esse debate é a sociedade, que permanece sem a almejada segurança jurídica tão divulgada como uma das bandeiras da Reforma Trabalhista.

5. O que esperar

Espera-se que as questões relativas à negociação coletiva possam ser implementadas com segurança jurídica para os jurisdicionados, mediante maturidade dos agentes negociais.

Caso assim não o seja, é possível que a Justiça do Trabalho analise o mérito das demandas, o que suscitará acirrados debates, possivelmente levando o exame dos conflitos para o Supremo Tribunal Federal.

O STF, em sua atual composição já demonstrou que pretender dar valor à autonomia negocial coletiva, de que são exemplos:

a) a liminar concedida pelo Ministro Gilmar Mendes ao apreciar a ADPF 323, suspendendo todos os processos em curso e os efeitos das decisões judiciais no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas de trabalho, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas;

b) a decisão proferida em face do Recurso Extraordinário nº. 590415, de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso, no caso do Plano de Demissão Incentivada do BESC ajustado via acordo coletivo de trabalho, outorgando ampla quitação aos contratos de trabalho;

c) a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº. 895759, cuja relatoria coube ao Ministro Teori Zavascki, validando norma coletiva que suprimiu o pagamento de horas *in itinere* mediante o estabelecimento de contrapartidas.

Fora do campo das negociações coletivas, vale o registro de que mais recentemente o STF deu mostras claras de que entende

constitucional a terceirização de atividade-fim, consoante se extrai do julgado RE 760931/DF, onde se discutia a responsabilidade da administração pública na terceirização das suas atividades.⁹

Considerações finais

Muito se debateu nos meios jurídicos, e ainda se debaterá sobre a Lei nº 13.467/2017, votada e editada em um momento de total descrédito dos Poderes Executivo e Legislativo. Deixando de lado, contudo, as questões ideológicas, a leitura do presente estudo demonstra que o legislador empodera o instituto da negociação coletiva, mediante valorização dos princípios da autonomia negocial e intervenção mínima estatal.

Referências

AGUIAR, Antonio Carlos. **Negociação Coletiva de trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA NETO, Celio Pereira. Tese de Doutorado em Direito do Trabalho, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

9 [...] A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo.

Tese em desenvolvimento pelo autor sob o título “Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformações”, 2017.

SCHAFF, Adam. **A sociedade informática**: as consequências da segunda revolução industrial. Tradução Carlos Eduardo Jordão Machado e Luiz Arturo Obojes. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução Daniel Moreira Andrade. São Paulo: Edipro, 2016.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. 5ª. Ed. Trad. de João Távora. Rio de Janeiro: Editora Record, 1980.

